

Verwaltungszusammenarbeit zwischen den Zoll- und Genehmigungsbehörden in der gesamten Gemeinschaft.

Der Abgleich der verschiedenen Listen dürfte als Maßnahme keine größeren Schwierigkeiten mit sich bringen. Es mag Teilbereiche geben, in denen eine Harmonisierung problematischer ist. So listen manche Mitgliedstaaten Produkte in unterschiedlichen Kategorien (etwa strategische Güter und Nuklearprodukte), auf die verschiedene Verfahren Anwendung finden. Am schwierigsten wird es sein, gemeinsame Kriterien für die Lizenzerteilung zu erarbeiten. Dies gilt jeweils insoweit, als diese Kriterien über eine Generalklausel wie etwa 7 AWG hinausgehen sollen. Keiner der Mitgliedstaaten hat materielle Kriterien für die Lizenzerteilung veröffentlicht, auf die zurückgegriffen werden könnte.

Zu den flankierenden Maßnahmen zählt die Kommission die Verbesserung der Kontrollverfahren in bestimmten Mitgliedstaaten durch Lehrgänge und Seminare sowie den Austausch und regelmäßige Zusammenkünfte des zur Genehmigung und Kontrolle zuständigen Verwaltungspersonal der Mitgliedstaaten. Sie ruft desweiteren zur Verstärkung des Informationssystems zwischen den Mitgliedstaaten auf und macht konkrete Vorschläge, welche Informationssysteme verwendet werden können. Hier sieht die Kommission wohl auch einen Raum für die Entfaltung weiterer eigener Aktivitäten.

Ausblick und Kritik

Die Mitteilung der Kommission ist kürzlich⁹ im für Binnenmarktfragen zuständigen Ministerrat vorbesprochen worden. Als nächster Schritt könnte die Einsetzung einer ad-hoc-Arbeitsgruppe von Vertretern der Kommission und des Rates folgen. Diese könnte zusammen mit Experten aus den Mitgliedstaaten

Vorschläge für gesetzgeberische Maßnahmen der Gemeinschaft erarbeiten.

Für die Beurteilung der Kommissionsinitiative sind nicht die von der Kommission empfohlenen Maßnahmen ausschlaggebend, die nur einen kleinsten gemeinsamen Nenner darstellen. Wichtiger sind die Modelle, denen die Kommission – zumindest vorerst – eine Absage erteilt hat. Insbesondere hat sie sich nicht für das System einer lizenzfreien Zone (Licence-free Zone)¹⁰ entschieden, innerhalb derer strategische Güter in der Gemeinschaft zwischen den Mitgliedsstaat lizenzfrei zirkulieren können. Eine derartige lizenzfreie Zone hätte die Schaffung einer eigenen Export Control Agency vorausgesetzt¹¹. Dies hat die Kommission offenbar als in dem gesteckten zeitlichen Rahmen als nicht realisierbar angesehen. Sie entscheidet sich nicht für den ehrgeizigeren Plan einer Schaffung eines gemeinsamen Kontrollsystems, sondern sieht als ersten realistischen Schritt die Harmonisierung der Vorschriften in den Mitgliedstaaten. Insgesamt tritt die Kommission an den Komplex der Exportkontrolle äußerst vorsichtig heran, da sie offenbar Widerstand aus den Mitgliedstaaten erwartet. Die Umsetzung der in der Mitteilung der Kommission enthaltenen bescheidenen Vorschläge wird sicher nicht an den Vorschlägen selbst scheitern. Wichtiger wird die institutionelle Frage sein, inwieweit die Mitgliedstaaten es der Gemeinschaft erlauben, in einem wesentlichen sicherheitspolitischen Bereich die Initiative zu ergreifen. Über diese Frage läßt sich derzeit nur spekulieren.

9) am 25. Februar 1992.

10) Vorschlag des European Round Table (Fn. 5).

11) European Round Table (Fn. 5), S. 5 ff.

Frank Emmert*

Horizontale Drittwirkung von Richtlinien?

Lieber ein Ende mit Schrecken als ein Schrecken ohne Ende!¹

Die unmittelbare Anwendbarkeit von Richtlinien ist ein "Dauerbrenner" des Europarechts. Der folgende Beitrag erläutert die frühere Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und zwei richtungsweisende neue Entscheidungen. Er zeigt zudem, welche Probleme noch ungelöst sind.

I. Einführung

Die horizontale Drittwirkung von Richtlinien der Europäischen Gemeinschaften, d.h. die unmittelbare Begründung von Rechten und Pflichten zwischen Privaten durch eine Richtlinie, die von

einem Mitgliedstaat nicht oder nicht richtig in nationales Recht umgesetzt worden ist, gehört derzeit zu den am "häufigsten diskutierten" Problemen des Europarechts.² Leider steht hierbei Quantität nicht immer auch für Qualität. Gerade in Teilen der deutschen Literatur findet sich eine beinahe schon paranoide

* Executive Director, Academy of European Law, Florenz

1) Zugleich eine Besprechung der EuGH Entscheidungen vom 13. November 1990, Rs. C-106/89, *Marleasing*, Slg. 1990 I, S. 4135 und vom 19. November 1991, verb. Rs. C-6 und 9/90, *Francovich*, EWS 1991, 391, noch nicht in der amtll. Slg. erschienen.

Im Text zitierte Normen ohne Gesetzesbezeichnung sind solche des EWG-Vertrags.

2) Weymüller, Der Anwendungsvorrang von Richtlinien – Eine Diskussion ohne Ende?, RIW 1991, S. 501; vgl. auch die zahlreichen Literaturhinweise in den nachfolgenden Fußnoten.

Angst vor einer horizontalen Drittwirkung, obwohl die Effektivität des Gemeinschaftsrechts und die tatsächliche Realisierung des Binnenmarktes durchaus davon profitieren könnten.

Als Beispiel mag ein Urteil des OLG Celle vom 28.8.1990³ dienen: Das OLG Celle als Revisionsinstanz hatte einen zivilrechtlichen Streit über den Widerruf eines sogenannten Haustürgeschäfts zu entscheiden. Beide Vertragsparteien waren deutsche Staatsangehörige, der Vertrag war jedoch im Rahmen einer Freizeitveranstaltung für deutsche Urlauber in Spanien abgeschlossen worden. Die Parteien hatten den Vertrag ausdrücklich dem spanischen Recht unterstellt. Diese Rechtswahl war zulässig nach Artikel 27 I, III EGBGB, eine Ausnahme nach Artikel 29 I oder 34 EGBGB war nicht einschlägig. Die deutschen Verbraucherschutzbestimmungen des Abzahlungsgesetzes und des Haustürwiderrufgesetzes waren damit unanwendbar und das OLG hatte zu prüfen, ob sich aus dem geltenden spanischen Recht oder aus sonstigen Grundsätzen ein dem deutschen Widerrufsrecht vergleichbares Verbraucherschutzrecht ergab. Diese Frage wurde vom OLG Celle bejaht. In den Gründen stützte das OLG sich dabei auf die EG-Richtlinie 85/577 vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen⁴. Für diese Verträge ist nach Artikel 5 der Richtlinie eine schriftliche Belehrung über das Recht des Verbrauchers zum Widerruf zwingend vorzuschreiben. Das Widerrufsrecht selbst ergibt sich aus Artikel 5 der Richtlinie. Die Richtlinie wurde am 23. Dezember 1985 veröffentlicht und war gemäß Artikel 9 innerhalb von 24 Monaten, d.h. bis zum 31. Dezember 1987 von den Mitgliedstaaten umzusetzen. Der streitgegenständliche Vertrag wurde am 20. Juli 1988 in Spanien geschlossen. Zu jener Zeit hatte Spanien die Richtlinie unter Verstoß gegen ihren Artikel 9 und Artikel 189 III und 5 I EWGV noch nicht umgesetzt.⁵

Das OLG Celle kam zutreffend zu dem Ergebnis, daß die genannten Vorschriften der Richtlinie unbedingt und hinreichend bestimmt und damit zur unmittelbaren Anwendung geeignet sind. Darüberhinaus stellte das Gericht aber fälschlicherweise fest, daß es der Rechtsprechung des EuGH entspreche, Richtlinien auch positiv und unter Privaten unmittelbar gelten zu lassen. Dieses Ergebnis wurde nun seinerseits mit den Worten kommentiert, es handele sich um eine für die Rechtssicherheit verhängnisvolle Entwicklung.⁶

II. Das Problem

Alle Bestimmungen des EWG-Vertrags und alle Bestimmungen in Verordnungen der EG gelten unmittelbar für alle Rechtssubjekte in der EG und haben Vorrang vor dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten.⁷ Hiervon zu unterscheiden ist die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit.⁸ Unmittelbare Anwendbarkeit bedeutet die unmittelbare Begründung von Rechten und Pflichten für eine unbestimmte Vielzahl von Rechtssubjekten, d.h. die

Möglichkeit einzelner, sich gegenüber der staatlichen Verwaltung, vor Gericht oder im sonstigen Rechtsverkehr auf die EG-Norm zu berufen. Nicht alle Bestimmungen des EWG-Vertrags und der zahlreichen EG-Verordnungen sind hierzu geeignet. Unmittelbare Anwendbarkeit setzt daher voraus, daß die konkrete Norm – d.h. der Paragraph, Absatz, Satz oder auch nur Halbsatz – erstens klar und eindeutig formuliert ist, zweitens eine unbedingte Verpflichtung zu einem Tun oder Unterlassen enthält und drittens nicht von einer nach innerstaatlichem Recht vorzunehmenden Handlung abhängt.⁹

Die anderen beiden Hauptformen¹⁰ von EG-Rechtsnormen, die (Einzelfall-)Entscheidungen und die Richtlinien gelten dagegen grundsätzlich nur für ihre(n) Adressaten unmittelbar, Artikel 189 Absätze 3 und 4 EWG-Vertrag, und was schon nicht unmittelbar für Dritte gilt, kann diesen grundsätzlich auch keine Rechte und Pflichten verschaffen. Die hier näher zu untersuchenden Richtlinien sind vielmehr gekennzeichnet durch eine *Zweistufigkeit ihrer Wirkungsweise*¹¹. Sie sind an die Mitgliedstaaten gerichtet und geben diesen auf, innerhalb einer bestimmten Frist ein mehr oder weniger genau bestimmtes Ergebnis zu erreichen. Die Wahl der Form und Mittel bleibt den Mitgliedstaaten überlassen. Je nachdem wie konkret die Vorgaben der Richtlinie sind, können die Mitgliedstaaten daher einen materiellen Spielraum haben, z.B. über Mindestwerte hinausgehen oder unbestimmte Rechtsbegriffe ausfüllen; jedenfalls bleibt ihnen jedoch die Wahl zwischen Gesetz und Verordnung, föderalem oder zentralem Vollzug und die Verteilung der innerstaatlichen Zuständigkeiten überlassen.¹²

Probleme entstehen immer dann, wenn ein Mitgliedstaat seiner Umsetzungsverpflichtung nicht fristgemäß oder nicht richtig nachkommt. Einerseits wird dadurch die angestrebte Harmonisierung der nationalen Rechtsordnungen und damit die Effektivität des Gemeinschaftsrechts vereitelt oder zumindest verzögert, andererseits hat die Gemeinschaft nur geringe Möglichkeiten die Umsetzung durchzusetzen bzw. die Nichtumsetzung zu sanktionieren.¹³ Der EuGH hat daher in ständiger Rechtsprechung seit 1970¹⁴ entschieden, daß der säumige Mitgliedstaat sich vor Gericht nicht auf sein eigenes Verschulden berufen kann. Damit können private Dritte trotz fehlender oder falscher Umsetzung Rechte gegenüber dem Staat direkt aus Bestimmungen einer Richtlinie ableiten (sog. *vertikale Drittwirkung*), wenn diese die drei oben genannten Voraussetzungen erfüllt (klar und eindeutig, unbedingte Anordnung, nicht von innerstaatlichen Handlungen abhängig). Begründet wurde diese Rechtsprechung einerseits mit der Effektivität des Gemeinschaftsrechts (*effet utile*), andererseits mit dem Gedanken des *venire contra factum proprium*.

Weniger klar ist die Situation jedoch bei Richtlinien, die bestimmt oder geeignet sind, die (zivilrechtlichen) Verhältnisse zwischen Privaten zu regeln, z.B. die RL 85/374 zur Anglei-

3) Abgedruckt in EuZW 1990, S. 550.

4) ABl. 1985 L 372, S. 31.

5) Inzwischen ist die Umsetzung durch das spanische Gesetz Nr. 19/1989 vom 25. Juli 1989 und das königliche Dekret Nr. 1564/1989 vom 22. Dezember 1989 mit Wirkung ab 1. Januar 1990 erfolgt.

6) Herber, Drittwirkung sogenannter horizontaler EG-Richtlinien?, EuZW 1991, S. 401 ff.

7) Hinsichtlich der Vertragsbestimmungen folgt dies aus der ständigen Rechtsprechung des EuGH, begründet in den Entscheidungen vom 5. Februar 1963, Rs. 26/62 *van Gend & Loos* (Slg. 1963, S. 1; aufbereitet in *Hummer/Simma/Vedder/Emmert*, Europarecht in Fällen, 1991 – nachfolgend HSVE – S. 33 ff.) und vom 9. März 1978, Rs. 106/77, *Sinmenthal II* (Slg. 1978, S. 629; aufbereitet in HSVE, S. 77 ff.). In Bezug auf Verordnungen ist die unmittelbare Geltung in Artikel 189 Absatz 2 EWG-Vertrag geregelt.

8) Instruktion zu dieser Unterscheidung z.B. Winter, *Direct Applicability and Direct Effect: Two Distinct and Different Concepts in Community Law*, CMLRev 1972, S. 425.

9) Grundlegend hierzu die EuGH Entscheidung vom 15. Juli 1964, Rs. 6/64 *Costa*

ENEL (Slg. 1964, S. 1251; aufbereitet in HSVE, S. 71 ff.).

10) Zur unmittelbaren Anwendbarkeit von Bestimmungen in völkerrechtlichen Verträgen der Gemeinschaft s. insbes. *Pescatore*, *The Doctrine of "Direct Effect"*: An Infant Disease of Community Law, *European Law Review* 1983, S. 155 (171 ff.) und die Entscheidungen des EuGH vom 26. Oktober 1982 in der Rs. 104/81, *Kupferberg*, Slg. 1982, S. 3641 (aufbereitet in HSVE, S. 337 ff.) und vom 20. September 1990 in der Rs. C-192/89, *Sevince*, Slg. 1990 I, S. 3461 (aufbereitet in HSVE, S. 345 ff.).

11) ein Begriff von *Nicolaysen*, *Europarecht I*, 1991, S. 161; vgl. auch *Bach*, *Direkte Wirkungen von EG-Richtlinien*, JZ 1990, S. 1108 ff. (1110 f.).

12) vgl. *Nicolaysen*, oben Fußnote 11, S. 162.

13) In Betracht kommt vor allem ein Vertragsverletzungsverfahren der Kommission gegen den Mitgliedstaat nach Artikel 169 EWGV. Obwohl solche Verfahren von der Kommission systematisch bei allen verspäteten oder offensichtlich mangelhaften Umsetzungen eingeleitet werden, führen sie doch nur zu Feststellungsurteilen des EuGH, die zwar politischen Druck ausüben aber nicht vollstreckbar sind.

14) s.u. Text bei Fußnoten 24 ff.

chung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte¹⁵. Zwar spräche auch hier das Ziel der Effektivität des Gemeinschaftsrechts im Fall der nicht rechtzeitigen oder nicht richtigen Umsetzung der Richtlinie für deren unmittelbare Anwendung (sog. *horizontale Drittwirkung*), andererseits sind jedoch Gesichtspunkte der Rechtssicherheit zu berücksichtigen und der Aspekt eines *venire contra factum proprium* entfällt natürlich zwischen Privaten. Der EuGH war bisher jedenfalls sehr zurückhaltend hinsichtlich der horizontalen Drittwirkung. Daher hat das bereits genannte Urteil des OLG Celle nicht geringe Überraschung ausgelöst.

III. Der Stand der Rechtsprechung des EuGH

Die eingangs kritisierte mangelhafte Qualität mancher Abhandlungen zur unmittelbaren Anwendbarkeit von Richtlinien beruht in der Regel auf einer ungenügenden Aufbereitung der Rechtsprechung des EuGH.¹⁶ So kurz wie möglich sollen daher an dieser Stelle die wesentlichen Schritte der Rechtsprechung dargelegt werden.

1. Unmittelbare Anwendbarkeit und Vorrang des Gemeinschaftsrechts als dessen tragende Grundprinzipien

Unverzichtbare Grundlage zum Verständnis der Probleme der horizontalen Drittwirkung von Richtlinien sind die Leitentscheidungen des EuGH, mit welchen die unmittelbare Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts an sich begründet (*van Gend & Loos*¹⁷, *Lütticke*¹⁸) und der Vorrang des unmittelbar anwendbaren Gemeinschaftsrechts vor jeglichem nationalem Recht, inklusive den nationalen Verfassungen und Grundrechten postuliert wurde (*Costa/ENEL*¹⁹, *Internationale Handelsgesellschaft*²⁰, *Simmenthal II*²¹). Damit erklärt sich die emotionale Aufladung der Diskussion um die horizontale Drittwirkung von Richtlinien: Ist eine solche erst einmal anerkannt, begründen die entsprechenden Richtlinienbestimmungen Rechte und Pflichten für einzelne nicht nur ohne Mitwirkung des nationalen Rechts, sondern notfalls sogar in Abweichung von und entgegen ausdrücklicher Anordnungen im nationalen Recht.

2. Die frühe Rechtsprechung zur unmittelbaren Anwendbarkeit von Richtlinien

Während es bei *van Gend & Loos* und *Lütticke* um primäres Gemeinschaftsrecht ging, d.h. Bestimmungen des EWG-Vertrags selbst, wurde die unmittelbare Anwendbarkeit anderer Normen des Gemeinschaftsrechts vom EuGH erstmals in der Entscheidung zum sogenannten *Leberpfennig*²² festgestellt:

Zwar gelten nach Artikel 189 Verordnungen unmittelbar und können infolgedessen schon wegen ihrer Rechtsnatur unmittelbare Wirkungen erzeugen. Hieraus folgt indessen nicht, daß andere in diesem Artikel genannte Kategorien von Rechtsakten niemals *ähnliche Wirkungen* erzeugen könnten. [...] Insbesondere in den Fällen, in denen etwa die Gemeinschaftsbehörden einen Mitgliedstaat oder alle Mitgliedstaaten durch

Entscheidung zu einem bestimmten Verhalten verpflichten, würde die nützliche Wirkung ("effet utile") einer solchen Maßnahme abgeschwächt, wenn die Angehörigen dieses Staates sich vor Gericht hierauf nicht berufen und die staatlichen Gerichte sie nicht als Bestandteil des Gemeinschaftsrechts berücksichtigen könnten. Zwar können die Wirkungen einer Entscheidung andere sein, als diejenigen einer in einer Verordnung enthaltenen Vorschrift; dieser Unterschied schließt jedoch nicht aus, daß das *Endergebnis*, nämlich das Recht des einzelnen, sich auf eine Maßnahme vor Gericht zu berufen, gegebenenfalls *das gleiche* sein kann wie bei einer unmittelbar anwendbaren Verordnungsvorschrift.²³

Wenige Wochen später widersetzte sich der EuGH den Versuchen einiger Mitgliedstaaten, die Leberpfennig-Lösung auf Entscheidungen i.S.d. Artikels 189 zu begrenzen und erklärte sich entsprechend zur (vertikalen) Drittwirkung von Richtlinien.²⁴ Dabei stützte sich der EuGH noch auf die Richtlinie "in Verbindung mit" einigen Artikeln des EWG-Vertrags und einer dazu ergangenen Entscheidung. Es konnte daher nicht überraschen, daß dem EuGH alsbald nach Artikel 177 die Frage gestellt wurde, ob eine bestimmte Richtlinie als solche unmittelbar gelte, so daß sie Einzelpersonen Rechte verleiht, welche diese vor den nationalen Gerichten geltend machen könnten. Dabei ging es um die Niederländerin *van Duyn*,²⁵ der die Einreise nach Großbritannien zur Aufnahme einer Arbeit bei Scientology unter Hinweis auf die Sozialschädlichkeit der Sekte verweigert wurde. Frau van Duyn machte geltend, nach Artikel 3 Absatz I der RL 64/221 dürfe ihre Freizügigkeit nur dann aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung beschränkt werden, wenn sie selbst eine diesbezügliche Gefahr darstelle. Der EuGH nutzte die Gelegenheit wie folgt:

Mit der den *Richtlinien* nach Artikel 189 zuerkannten verbindlichen Wirkung wäre es unvereinbar, grundsätzlich auszuschließen, daß betroffene Personen sich auf die durch die Richtlinie auferlegte Verpflichtung berufen können. Insbesondere in den Fällen, in denen etwa die Gemeinschaftsbehörden die *Mitgliedstaaten* durch Richtlinie zu einem bestimmten Verhalten verpflichten, würde die nützliche Wirkung ("effet utile") einer solchen Maßnahme abgeschwächt, wenn die einzelnen sich vor Gericht hierauf nicht berufen und die staatlichen Gerichte sie nicht als Bestandteil des Gemeinschaftsrechts berücksichtigen könnten. [...] Es ist daher in jedem einzelnen Fall zu prüfen, ob die Bestimmung, um die es geht, nach Rechtsnatur, Systematik und Wortlaut geeignet ist, unmittelbare Wirkungen in den Rechtsbeziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den einzelnen zu begründen.²⁶

In allen frühen Urteilen stützte der EuGH somit die unmittelbare Anwendbarkeit von Richtlinien auf die Erfordernisse der Effektivität des Gemeinschaftsrechts, den sogenannten *effet utile*.²⁷ Ein Wandel zeichnete sich aber schon im Fall *Enka*²⁸ ab. Generalanwalt J.P. Warner hatte sich zur Frage der unmittelbaren Drittwirkung von Richtlinien wie folgt geäußert:

1970, S. 825. Dabei ging es um die Zulässigkeit einer vom damaligen Bundesverkehrsminister Leber eingeführten Straßengüterverkehrssteuer von einem Pfennig je Kilometer und Tonne. Die Entscheidung ist aufbereitet in HSVE, S. 39 ff.

23) Rn. 5 der Entscheidungsgründe, Hervorhebung vom Verfasser.

24) Rs. 33/70, *SACE*, Urteil vom 17. Dezember 1970, Slg. 1970, S. 1213. Vgl. auch *Bleckmann*, Zur unmittelbaren Anwendbarkeit von EG-Richtlinien, RIW 1984, S. 774 ff. (775, m.w. N.).

25) Rs. 41/74, Urteil vom 4. Dezember 1974, Slg. 1974, S. 1337; aufbereitet in HSVE, S. 583 ff.

26) Rn. 12 der Entscheidungsgründe, Hervorhebung vom Verfasser.

27) Weitere Fälle waren insbesondere Rs. 51/76, *Verbond van Nederlandse Ondernemingen*, Urteil vom 1. Februar 1977, Slg. 1977, S. 113; Rs. 38/77, *Enka*, Urteil vom 23. November 1977, Slg. 1977, S. 2203 und Rs. 21/78, *Delkvist*, Urteil vom 29. November 1978, Slg. 1978, S. 2327. Die Theorie von *Anderson* (Inadequate Implementati-

15) ABl. 1985 L 210, S. 29.

16) Unverständlich ist z.B. warum *Oppermann* in seinem fast 800 Seiten umfassenden Lehrbuch zum Europarecht dem Problem der horizontalen Drittwirkung von Richtlinien ganze zwei Sätze widmet, diese Wirkung pauschal ablehnt und sich zur Begründung auf eine einzige, noch dazu nicht genau passende Entscheidung des EuGH beruft, mit welcher der EuGH in bestimmten Situationen eine Belastung einzelner durch Richtlinien abgelehnt hat (Rs. 80/86, *Kolpinghuis Nijmegen*, unten Fußnote 74).

17) Rs. 26/62, Slg. 1963, S. 1; aufbereitet in HSVE, S. 33 ff.

18) Rs. 57/65, Slg. 1966, S. 257; aufbereitet in HSVE, S. 37 ff.

19) Rs. 6/64, Slg. 1964, S. 1251; aufbereitet in HSVE, S. 71 ff.

20) Rs. 11/70, Slg. 1970, S. 1125; aufbereitet in HSVE, S. 74 ff.

21) Rs. 106/77, Slg. 1978, S. 629; aufbereitet in HSVE, S. 77 ff.

22) Rs. 9/70, Franz Grad gegen Finanzamt Traunstein, Urteil vom 6. Oktober 1970, Slg.

Die entscheidende Überlegung scheint mir die zu sein: Artikel 189 des Vertrages überläßt zwar jedem Mitgliedstaat die Wahl "der Form und Mittel", mit denen eine Richtlinie umzusetzen ist, er gestattet ihm aber nicht die Wahl, die Richtlinie überhaupt nicht umzusetzen oder sie nur teilweise umzusetzen. [...] Ein Mitgliedstaat, der es völlig unterläßt, eine Richtlinie durchzuführen, verstößt gegen den Vertrag; wird ihm (über seine Exekutiv- oder Verwaltungsbehörden) also erlaubt, diese Tatsache in Verfahren vor seinen eigenen Gerichten gegenüber einer Privatperson geltend zu machen, so würde ihm erlaubt, sich auf sein eigenes Unrecht zu berufen. [...] ²⁹

Während sich der EuGH selbst im *Enka*-Urteil noch allein auf die praktische Wirksamkeit stützte um die unmittelbare (vertikale) Drittwirkung zu bejahen, folgten später einige Urteile, in denen der EuGH sowohl die Erfordernisse der Effektivität als auch den neuen Gedanken des *venire contra factum proprium* ³⁰ herangezogen hat, so z.B. die Fälle *Ratti* ³¹ und *Federatie Nederlandse Vakbeweging* ³². Besonderes Augenmerk verdient in diesem Zusammenhang noch das Urteil *Becker*. ³³ Dabei ging es um die Harmonisierung des Umsatzsteuerrechts in den Mitgliedstaaten. Die Sechste Umsatzsteuerrichtlinie ³⁴ zielte auf die Vereinheitlichung der Steuerbemessungsgrundlagen, d.h. der umsatzsteuerpflichtigen Sachverhalte ab und hätte bis zum 1. Januar 1979 in nationales Recht umgesetzt werden müssen. Nach dem neuen Recht sollten u.a. Umsätze aus der Vermittlung von Krediten steuerlich nicht mehr belastet werden. Wegen einiger Schwierigkeiten bei der Verabschiedung der entsprechenden Normen im deutschen Bundestag, konnte die Richtlinie in Deutschland jedoch erst zum 1. Januar 1980 umgesetzt werden. Damit stellte sich die Frage nach der Behandlung der Umsätze aus Kreditvermittlungen im Jahre 1979, konkret, ob diese unter Berufung auf die Richtlinie steuerbefreit seien, obwohl das noch geltende nationale Recht ihre Besteuerung zwingend vorschrieb. Auf Vorlage nach Artikel 177 wiederholte der EuGH zunächst die beiden schon bekannten Begründungen Effektivität und *venire contra factum proprium* und fügte dann noch hinzu:

Demnach können sich die einzelnen in Ermangelung von fristgemäß erlassenen Durchführungsmaßnahmen auf Bestimmungen einer Richtlinie, die inhaltlich als unbedingt und hinreichend genau erscheinen, gegenüber allen innerstaatlichen, nicht richtlinienkonformen Vorschriften berufen; einzelne können sich auf diese Bestimmungen auch berufen, soweit diese Rechte festlegen, die dem Staat gegenüber geltend gemacht werden können. ³⁵

In praktisch allen neueren Entscheidungen hat der EuGH auf die Begründung mit dem *effet utile* verzichtet. Diese Tatsache ist Grundlage für eines der Hauptargumente gegen die horizontale Drittwirkung von Richtlinien und wird unten noch ausführlicher zu behandeln sein.

Doch nun zurück zu der Entscheidung in der Sache *Ratti*. ³⁶ Der Fall eignete sich hervorragend zu einer Klärung der zeitlichen Grenzen der (vertikalen) Drittwirkung von Richtlinien. Ein italienischer Hersteller von Lacken und Lösungsmitteln war 1978 dazu übergegangen, die Etikettierung seiner Produkte an zwei neue EG Normen anzupassen. Die eine dieser Normen hätte aufgrund einer Richtlinie bis Dezember 1974 in nationales Recht umgesetzt werden müssen, die andere hatte noch Zeit bis November 1979. ³⁷ In Deutschland waren beide Richtlinien bereits umgesetzt. Da die italienische Firma einen erheblichen Teil ihrer Produkte nach Deutschland lieferte, paßte man sich an das neue Recht an. In Italien waren jedoch beide Richtlinien noch nicht umgesetzt und der Leiter des Betriebes wurde wegen Verstoßes gegen die alten italienischen Vorschriften strafrechtlich belangt. *Ratti* stützte sich vor allem auf die praktischen Erfordernisse des freien Warenverkehrs und meinte, auch die Richtlinie, deren Umsetzungsfrist noch nicht abgelaufen war, müsse zu seinen Gunsten unmittelbar anwendbar sein. Dem folgte der EuGH jedoch nicht. Hinsichtlich der 1973er Richtlinie finden sich in dem Urteil die bereits standardmäßigen Ausführungen zur praktischen Wirksamkeit des Gemeinschaftsrecht und zum *venire contra factum proprium*. Hinsichtlich der 1977er Richtlinie stellte der EuGH fest, daß zur fraglichen Zeit die Umsetzungsfrist noch nicht abgelaufen war. Eine RL könne jedoch "erst am Ende des festgesetzten Zeitraums und nur für den Fall, daß der Mitgliedstaat die Richtlinie nicht erfüllt hat" die beschriebenen unmittelbaren Wirkungen entfalten.

Anfang der 80er Jahre waren somit die denkbaren Wirkungen von Richtlinien weitgehend geklärt: Vor Ablauf der Umsetzungsfrist waren Richtlinien nur gegenüber den Mitgliedstaaten verbindlich, die verpflichtet waren, die nötigen Umsetzungsmaßnahmen einzuleiten. Nach Ablauf der Frist konnte sich dazu eine vertikale Drittwirkung ergeben, wenn ein Mitgliedstaat eine Richtlinie nicht rechtzeitig oder nicht richtig umgesetzt hatte. In diesem Fall konnten Private sich gegenüber dem Staat auf solche Teile einer Richtlinie unmittelbar berufen, welche die drei Voraussetzungen erfüllten, d.h. klar und eindeutig formuliert waren, unbedingte Anordnung gegenüber dem Staat trafen und nicht von innerstaatlichen Handlungen abhängig waren.

3. Die Wende: von *Colson* ³⁸ und *Harz* ³⁹

Im Jahre 1983 wurden dem Gerichtshof in zwei nahezu identischen Fällen aus Deutschland nahezu identische Vorlagefragen gestellt. Es ging um die Ablehnung weiblicher Bewerberinnen wegen ihres Geschlechts und die Einstellung weniger qualifizierter Männer an ihrer Stelle. Die abgelehnten Bewerberinnen hatten vor den zuständigen Arbeitsgerichten auf Einstellung, hilfsweise Schadensersatz geklagt. Die Arbeitsgerichte kamen zu dem Zwischenergebnis, daß die Bewerberinnen nach dem insoweit klaren Wortlaut des § 611 a II S.1 BGB nur den Ersatz

on of EEC Directives: A Roadblock on the Way to 1992?, Boston College International and Comparative Law Review 1988, S. 91 ff. (101), wonach diese drei Fälle einen Versuch des EuGH darstellen, die generelle unmittelbare Drittwirkung von Richtlinien ohne Prüfung der drei Voraussetzungen (klar und eindeutig, unbedingte Anordnung, nicht von innerstaatlichen Handlungen abhängig) und ohne Prüfung des Ablaufs der Umsetzungsfrist zu etablieren ist jedoch falsch. Der EuGH hat die Voraussetzungen hier lediglich deshalb nicht geprüft, weil sie unstreitig gegeben waren.

28) Siehe vorhergehende Fußnote.

29) Auf S. 2226 der Slg.

30) Im Anglo-Amerikanischen Recht spricht man von *estoppel*, im Römischen Recht ist der Ausdruck *nemo auditur* geläufiger; wenn auch im einzelnen gewisse Unterschiede bestehen mögen, so handelt es sich doch um denselben Rechtsgedanken.

31) Rs. 148/78, Urteil vom 5. April 1979, Slg. 1979, S. 1629; aufbereitet in HSVE, S. 43 ff.

32) Rs. 71/85, Urteil vom 4. Dezember 1986, Slg. 1986, S. 3855, s. insbes. Rn. 14 der Entscheidungsgründe.

33) Rs. 8/81, Urteil vom 19. Januar 1982, Slg. 1982, S. 53; aufbereitet in HSVE, S. 46 ff.

34) RL 77/388 zur Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Umsatzsteuern – Gemeinsames Mehrwertsteuersystem: einheitliche steuerpflichtige Bemessungsgrundlage, ABl. 1977 L 145, S. 1.

35) Rn. 23-25 der Entscheidungsgründe, Hervorhebung vom Verfasser.

36) S.o. Fußnote 31.

37) Es handelte sich um die RL 73/173 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten für die Einstufung, Verpackung und Kennzeichnung von Zubereitungen gefährlicher Stoffe (Lösemittel) (ABl. 1973 L 189, S. 7) und die parallele RL 77/728 für Anstrichmittel, Lacke, Druckfarben und Klebstoffe (ABl. 1977 L 303, S. 23).

38) Rs. 14/83, Sabine von Colson und Elisabeth Kamann gegen Land Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 10. April 1984, Slg. 1984, S. 1891; vgl. Aufbereitung in HSVE, S. 191 ff.

39) Rs. 79/83, Dorit Harz gegen Deutsche Tradax GmbH, Urteil vom 10. April 1984, Slg. 1984, S. 1921.

des Vertrauensschadens, d.h. konkret der Bewerbungskosten in Höhe von DM 7,20 bzw. DM 2,31 verlangen könnten. Da § 611 a BGB im Jahre 1980 zur Umsetzung der EG-Richtlinie 76/207⁴⁰ in das BGB eingefügt worden war⁴¹, legten die Arbeitsgerichte gemäß Artikel 177 I b), II EWGV dem EuGH mehrere Fragen nach der Auslegung der Richtlinie vor: Zum einen wollten sie wissen, ob sich aus der Richtlinie ein Anspruch auf Einstellung oder ein Schadensersatz ergebe und gegebenenfalls in welcher Höhe, andererseits fragten sie, ob sich die Betroffenen unmittelbar auf die Richtlinie berufen könnten.

Im Ergebnis hat der EuGH in beiden Entscheidungen nahezu gleichlautend geantwortet, die RL 76/207 schreibe als Sanktion nicht die Verpflichtung zum Abschluß eines Arbeitsvertrags mit dem diskriminierten Bewerber vor. Dies wäre auch i.d.R. nicht praktikabel, da die streitige Stelle ja längst mit dem bevorzugten (männlichen) Bewerber besetzt sein dürfte und dessen Kündigung weder zulässig noch wünschenswert ist, da die Sanktion dann von dem Falschen, d.h. dem meist unschuldigen Wettbewerber zu tragen wäre.

Der EuGH war allerdings der Auffassung, die Richtlinie schreibe sehr wohl eine finanzielle Sanktionierung der Diskriminierung vor. Diese müsse in angemessenem Verhältnis zu dem erlittenen Schaden stehen und wirksam sein, d.h. über einen "rein symbolischen Schadensersatz wie etwa die bloße Erstattung der Bewerbungskosten hinausgehen"⁴².

Im Fall *von Colson* war der diskriminierende Arbeitgeber Teil der Justizverwaltung des Landes Nordrhein-Westfalen, d.h. eine staatliche Behörde. Die unmittelbare Drittwirkung der Richtlinie war damit nach dem oben dargestellten Stand der Rechtsprechung unproblematisch. Anders lag der Fall jedoch bei Frau *Harz*. Der diskriminierende Arbeitgeber war hier eine GmbH, d.h. ein privater Dritter. Entsprechend hatte sich die Kommission in ihrer Stellungnahme zu den Vorlagefragen wie folgt geäußert: "Der Gerichtshof erkenne zwar die Möglichkeit an, sich gegenüber einem Mitgliedstaat oder gegenüber dessen Organen und Behörden auf Richtlinien zu berufen; er habe aber bisher eine Drittwirkung – im Gegensatz zur möglichen Drittwirkung von Vertragsbestimmungen⁴³, wie Artikel 119 – nicht anerkannt. Da die Richtlinien nicht zwangsläufig veröffentlicht werden müßten, könne eine Begründung von Pflichten des einzelnen aus Richtlinien nach rechtsstaatlichen Gesichtspunkten ausscheiden."⁴⁴ Der Gerichtshof kam indes in seinem Urteil zu einem anderen Ergebnis: Es sei

klarzustellen, daß die sich aus einer Richtlinie ergebende Verpflichtung der Mitgliedstaaten, das in dieser vorgesehene Ziel zu erreichen, sowie die Pflicht der Mitgliedstaaten gemäß Artikel 5 EWG-Vertrag, alle zur Erfüllung dieser Verpflichtung geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art zu treffen, allen Trägern öffentlicher Gewalt in den Mitgliedstaaten obliegen, und zwar im Rahmen ihrer Zuständigkeit auch den Gerichten. Daraus folgt, daß das nationale Gericht bei der Anwendung des nationalen Rechts, insbesondere auch der Vorschriften eines speziell zur Durchführung der Richtli-

nie 76/207 erlassenen Gesetzes, dieses nationale Recht im Lichte des Wortlauts und des Zwecks der Richtlinie auszulegen hat, um das in Artikel 189 Absatz 3 genannte Ziel zu erreichen.⁴⁵

Indem der EuGH die Verpflichtung zur richtigen und rechtzeitigen Umsetzung von Richtlinien somit über den nationalen Gesetzgeber hinaus auf alle nationalen Behörden einschließlich der Gerichte ausdehnte, gelangte er im Ergebnis zu einer *mittelbaren horizontalen Drittwirkung von Richtlinien*.⁴⁶

4. Der Rückzug des EuGH in der *Marshall*-Entscheidung⁴⁷

Die sogenannte "von Colson-Doktrin", welche eigentlich "Harz" heißen müßte, stieß in der Literatur und Rechtsprechung überwiegend auf Ablehnung. Auch innerhalb des EuGH scheint man sich nicht einig gewesen zu sein. Das beweist der Schlußantrag von Generalanwalt Sir Gordon Slynn zu dem Fall, der als der nächste Markstein in die Geschichte der Drittwirkung von Richtlinien eingegangen ist. Frau Marshall klagte ebenfalls gegen Geschlechterdiskriminierung am Arbeitsplatz und berief sich ebenfalls auf RL 76/207. Diesmal ging es um Unterschiede in der Altersgrenze, die zu einer früheren zwangsweisen Pensionierung und damit indirekt zu einer aufgrund der kürzeren Lebensarbeitszeit schlechteren Rente der Frauen führte. Im Prinzip hätte der EuGH somit die Formeln aus "von Colson" wiederholen und damit seine neue Richtung bestätigen können. Überdies war Frau Marshall bei einem staatlichen Krankenhaus beschäftigt gewesen, so daß der EuGH die Frage nach der horizontalen Wirkung auch gänzlich hätte vermeiden können. Vielleicht wollte man aber den neuen Fall bewußt benutzen um die Richtung zu wechseln. Schon Sir Gordon als Generalanwalt wandte sich jedenfalls entschieden gegen die Perpetuierung der "von Colson"-Rechtsprechung: "Richtlinien eine sogenannte 'horizontale Wirkung' zuzuerkennen, würde die vom EWG-Vertrag in den Artikeln 189 und 191 getroffene Unterscheidung zwischen Verordnungen und Richtlinien vollständig verwischen. [...]". Im Urteil heißt es dann wie folgt:

Zu dem Argument, wonach eine Richtlinie nicht gegenüber einem einzelnen in Anspruch genommen werden könne, ist zu bemerken, daß nach Artikel 189 EWG-Vertrag der verbindliche Charakter einer Richtlinie, auf dem die Möglichkeit beruht, sich vor einem nationalen Gericht auf die Richtlinie zu berufen, nur für "jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet wird", besteht. Daraus folgt, daß eine Richtlinie nicht selbst *Verpflichtungen für einen einzelnen* begründen kann und daß eine Richtlinienbestimmung daher als solche nicht gegenüber einer derartigen Person in Anspruch genommen werden kann. Es ist deshalb zu prüfen, ob im vorliegenden Fall davon auszugehen ist, daß die Beklagte als einzelner gehandelt hat. Hierzu ist festzustellen, daß, wenn die Rechtsbürger imstande sind, sich *gegenüber dem Staat* auf eine Richtlinie zu berufen, sie dies unabhängig davon tun können, in welcher Eigenschaft – als Arbeitgeber oder als Hoheitsträger – der Staat handelt. In dem einen wie dem anderen Fall muß nämlich verhindert

40) RL zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsausbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen (ABl. 1976 L 39, S. 40).

41) vgl. Gesetz über die Gleichbehandlung von Männern und Frauen am Arbeitsplatz und über die Erhaltung von Ansprüchen bei Betriebsübergang (Arbeitsrechtliches EG-Anpassungsgesetz) vom 13. August 1980, BGBl. 1980 I, S. 1308.

42) Rs. 14/83, Rn. 3 des Tenors. Eine konkrete Höhe des Schadensersatzes, z.B. eine konkrete Anzahl von Monatsgehältern, lasse sich dagegen nicht unmittelbar aus der Richtlinie ablesen, insoweit sei die Vorschrift durch nationales Recht auszufüllen.

43) d.h. des primären Gemeinschaftsrechts, Anm. des Verfassers.

44) Rs. 79/83, Tatbestand, S. 1934 der Slg.

45) Rs. 79/83, Rn. 26 der Entscheidungsgründe; praktisch gleichlautend auch Rn. 26 der

Gründe im Fall *von Colson*, obwohl es dort um vertikale Drittwirkung ging. Mit diesem Urteil folgte der EuGH dem Vorschlag von Generalwältin *Simone Rozès*, vgl. S. 1915 ff. der Slg.

46) Aufgrund dieser beiden Urteile und ohne in den Gründen näher auf die sonstige Rechtsprechung des EuGH einzugehen war das OLG Celle zu der eingangs dargestellten Entscheidung gelangt. Instrukтив zur Unterscheidung von richtlinienkonformer Auslegung und unmittelbarer Anwendbarkeit: *Jarass*, Richtlinienkonforme bzw. EG-rechtskonforme Auslegung nationalen Rechts, EuR 1991, 211.

47) Rs. 152/84, Urteil vom 26. Februar 1986, Slg. 1986, S. 723; aufbereitet in HSVE, S. 64 ff.

48) Rn. 48, 49 u. 51 der Entscheidungsgründe; Hervorhebung vom Verfasser.

49) Vgl. auch *Arnulf*, The Direct Effect of Directives: Grasping the Nettle, ICLQ 1986, S. 939 ff. (944).

werden, daß der Staat aus seiner Nichtbeachtung des Gemeinschaftsrechts Nutzen ziehen kann. [...] Das von der Regierung des Vereinigten Königreichs vorgebrachte Argument, die Möglichkeit, sich gegenüber der Beklagten in ihrer Eigenschaft als staatliche Einrichtung auf die Richtlinie zu berufen, hätte eine willkürliche und ungerechte Unterscheidung zwischen den Rechten der Arbeitnehmer des Staates und denen der privaten Arbeitnehmer zur Folge, kann keine andere Beurteilung rechtfertigen. Ein solcher Unterschied hätte nämlich leicht vermieden werden können, wenn der betreffende Mitgliedstaat die Richtlinie ordnungsgemäß in sein nationales Recht umgesetzt hätte.⁴⁸

Die plötzliche kategorische Ablehnung der horizontalen Drittwirkung bietet aber nur vermeintlich eine Lösung der inzwischen schon etwas verworrenen Lage. Zwei neue Probleme sind nämlich entstanden: Zum einen stellt sich häufig die in den Gründen zu Marshall schon angedeutete Problematik, daß zwischen Vertragspartnern des Staates, z.B. staatlichen Angestellten, und privatrechtlichen Vertragsparteien diskriminiert wird. Das Argument des EuGH, diese Diskriminierung hätte der Staat durch rechtzeitige und richtige Umsetzung der Richtlinie vermeiden können, wird die Betroffenen jedenfalls nur wenig trösten.⁴⁹

Zum zweiten ergibt sich nun sehr häufig die Frage, welche Behörden und sonstigen Organe der Mitgliedstaaten von der vertikalen Drittwirkung betroffen sind. Zur Illustration dieses Problems sei an dieser Stelle nur kurz auf zwei Folgeentscheidungen des EuGH hingewiesen: 1989 entschied der Gerichtshof, daß Gliedstaaten eines Bundesstaats sowie kommunale Selbstverwaltungskörperschaften und ihre sämtlichen Behörden in gleicher Weise unter den Begriff des "Mitgliedstaats" im Sinne der Rechtsprechung zur vertikalen Drittwirkung fallen, d.h. gegebenenfalls Ansprüchen Privater unmittelbar aus Richtlinien ausgesetzt sind.⁵⁰ Dem liegt der Gedanke zugrunde, daß das Gemeinschaftsrecht einer Dezentralisierung der Verwaltung nicht entgegensteht, die Mitgliedstaaten dadurch jedoch ihren Pflichten nicht ausweichen können.

1990 war der Gerichtshof mit genau demselben Sachverhalt konfrontiert wie in *Marshall*, nur daß der Arbeitgeber eine frisch privatisierte und damit nicht mehr staatliche Energieversorgungsgesellschaft war. Wörtlich heißt es in dem Urteil *Foster*:⁵¹ Wie der Gerichtshof im Fall *Marshall* entschieden hat,

können die Rechtsbürger, wenn sie imstande sind, sich gegenüber dem Staat auf eine Richtlinie zu berufen, dies unabhängig davon tun, in welcher Eigenschaft – als Arbeitgeber oder als Hoheitsträger – der Staat handelt. In dem einen wie dem anderen Fall muß nämlich verhindert werden, daß der Staat aus seiner Nichtbeachtung des Gemeinschaftsrechts Nutzen ziehen kann. Auf der Grundlage dieser Erwägungen hat der Gerichtshof in einer Reihe von Rechtssachen anerkannt, daß sich die einzelnen auf unbedingte und hinreichend genaue Bestimmungen einer Richtlinie gegenüber Organisationen oder Einrichtungen berufen können, die dem Staat oder des-

sen Aufsicht unterstehen oder mit besonderen Rechten ausgestattet sind, die über diejenigen hinausgehen, die nach den Vorschriften für die Beziehungen zwischen Privatpersonen gelten. [...] Demgemäß gehört jedenfalls eine Einrichtung, die unabhängig von ihrer Rechtsform kraft staatlichen Rechtsakts unter staatlicher Aufsicht eine Dienstleistung im öffentlichen Interesse zu erbringen hat und die hierzu mit besonderen Rechten ausgestattet ist [...] zu den Rechtssubjekten, denen die unmittelbar anwendbaren Bestimmungen einer Richtlinie entgegengehalten werden können.⁵²

Prechal hat zutreffend darauf hingewiesen, daß es nach dieser Entscheidung nicht nur zu ungerechtfertigten Diskriminierungen zwischen staatlichen und privaten Angestellten kommen wird, sondern auch zu Diskriminierungen zwischen den Angestellten ein und desselben Betriebs, je nachdem, wann diese ihre Ansprüche geltend machen, wenn der Betrieb zwischenzeitlich privatisiert wurde, der Staat Anteile übernommen hat (ab wieviel Anteilen kann der Staat Aufsichtsfunktionen ausüben?), Großauftragnehmer geworden ist, Subventionen vergibt etc. Schließlich ergeben sich Diskriminierungen zwischen den Angehörigen verschiedener Mitgliedstaaten, z.B. weil in einem Staat die Energie- oder die Krankenversorgung durch staatliche Unternehmen gewährleistet wird, in einem anderen dagegen durch private.⁵³ Im Ergebnis gerät die Effektivität des Gemeinschaftsrechts in eine Abhängigkeit von der Staatsquote der Mitgliedstaaten.⁵⁴

Wer bitte kann jetzt noch halbwegs vorhersehen, in welchen Fällen eine Richtlinie unmittelbare Wirkung entfalten kann? Will der EuGH sicherstellen, daß ihm die Vorabentscheidungsersuchen nicht ausgehen? Oder holt der EuGH mit einer Art Salamtaktik das zurück, was er wegen übermächtiger Kritik aus den Mitgliedstaaten⁵⁵ in *Marshall* vorübergehend aus der Hand gegeben hat?

5. Zwei neue Fälle und viele neue Fragen

Auf Vorlage eines spanischen Gerichts hatte der EuGH im Fall *Marleasing*⁵⁶ über die horizontale Drittwirkung von Artikel 11 der ersten gesellschaftsrechtlichen Richtlinie 68/151⁵⁷ zu entscheiden. Dieser Artikel enthält einen abschließenden Katalog möglicher Nichtigkeitsgründe und verbietet die rückwirkende Nichtigserklärung einer Gesellschaft aus anderen Gründen. In seinem Urteil zitiert der EuGH sowohl Rn. 48 der *Marshall*-Entscheidung⁵⁸, als auch Rn. 26 aus der Rs. *von Colson und Kamann* bzw. *Harz*.⁵⁹ Der Tenor erinnert dagegen wesentlich mehr an *von Colson*.⁶⁰ Ist dem EuGH damit die Verbindung von Feuer und Wasser gelungen?

Um die Entscheidung zu verstehen muß man die schriftlichen Erklärungen der Kommission und die Schlußanträge des Generalanwalts *Walter van Gerven* mit heranziehen: Nach der Rechtsprechung des EuGH haben Bestimmungen von Richtlinien auch dann keine unmittelbare horizontale Wirkung zwischen Privaten, wenn sie vollständige und eindeutige Regelungen

50) Rs. 103/88, *Fratelli Costanzo* SpA gegen Stadt Mailand, Urteil vom 22. Juni 1989, Slg. 1989, S. 1839, insbes. Rn. 28-31 der Entscheidungsgründe. Der Fall ist aufbereitet in HSVE, S. 658 ff.

51) Rs. C-188/89, *Foster* u.a. gegen British Gas plc, Urteil vom 12. Juli 1990, Slg. 1990 I, S. 3313.

52) Rn. 17, 18 u. 20 der Entscheidungsgründe, Hervorhebung vom Verfasser. Der frühere Vorschlag von *Dashwood*, vertikale Drittwirkung solle auf die Fälle beschränkt werden, in denen der Staat hoheitlich gehandelt hat (*acta iure imperii*), wurde vom EuGH damit sichtlich nicht aufgegriffen (*Dashwood*, *The Principle of Direct Effect in European Community Law*, *Journal of Common Market Studies* 1978, S. 229 ff. (243)).

53) *Prechal*, *Remedies after Marshall*, CMLRev 1990, S. 451 ff. (456-462). Vgl. auch *Steiner*, *EEC Directives: A New Route to Enforcement?* LQR 1985, S. 491 ff.

54) *Morris/David*, *Directives, Direct Effect and the European Court: The Triumph of Pragmatism*, *Business Law Review* 1987, S. 85 ff. (136).

55) Zu den Urteilen des V. Senats des BFH und des französischen Conseil d'Etat gegen die unmittelbare Anwendbarkeit siehe *Pescatore*, oben Fußnote 10, S. 109 ff. und die Aufbereitung in HSVE, S. 50 ff.

56) Rs. C-106/89, Urteil vom 13. November 1990, Slg. 1990 I, S. 4135; vgl. HSVE, S. 69 und Besprechung von *Stuyck/Wytinck*, CMLRev 1991, S. 205 ff.

57) ABl. 1968 L 65, S. 8.

58) Rn. 6 der Entscheidungsgründe in *Marleasing*.

59) Rn. 8 der Entscheidungsgründe in *Marleasing*.

60) Die teilweise vertretene Ansicht, *von Colson* sei nicht auf Sachverhalte außerhalb des Anwendungsbereichs des Artikels 119 übertragbar, sei also von der Verbindung

gen treffen, die nicht von weiteren Bedingungen abhängen und nicht fristgemäß oder nicht richtig umgesetzt worden sind.⁶¹ Eine *mittelbare horizontale Wirkung zwischen Privaten* ergibt sich jedoch unter bestimmten Voraussetzungen aus der Verpflichtung aller nationalen Behörden, einschließlich der Gerichte, zu richtlinienkonformem Verhalten.⁶² Im einzelnen sind danach die nationalen Gerichte verpflichtet, das nationale Recht, wenn irgend möglich, so auszulegen, daß Sinn und Zweck der Richtlinie auch in Ermangelung der Umsetzung erreicht werden können.⁶³ Die Verpflichtung und damit die horizontale Wirkung entfällt jedoch, wenn das nationale Recht eindeutig eine gegenteilige Regelung trifft und daher eine richtliniengetreue Auslegung nicht möglich ist. Im letzteren Fall genießt das Vertrauen der Bürger auf die Gültigkeit des nationalen Rechts den Vorrang, d.h. der Vertrauensschutz setzt der horizontalen Wirkung Grenzen.⁶⁴

Ob damit in der Praxis die oben vorgebrachten Bedenken hinsichtlich der Diskriminierung zwischen einseitig staatlichen und zweiseitig privatrechtlichen Vertragsverhältnissen und hinsichtlich der Frage wer oder was unter den Begriff "Staat" fällt, lösbar sind, bleibt abzuwarten. Einen im Europarecht versierten Anwalt wird der Betroffene allemal brauchen.

In seiner vorläufig letzten Leitentscheidung zu dem Problemkreis der unmittelbaren Wirkung von Richtlinien hat der EuGH kürzlich jedenfalls noch eine neue Möglichkeit eröffnet und ist (endlich) zu der Frage der Effektivität des Gemeinschaftsrechts zurückgekommen: In dem Fall *Francovich*⁶⁵ ging es um die RL 80/987 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Schutz der Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers.⁶⁶ Die Richtlinie beabsichtigt die Schaffung eines Mindestschutzes für die Arbeitnehmer hinsichtlich ihrer Ansprüche auf Arbeitsentgelt. Da Unternehmen in finanziellen Schwierigkeiten häufig die Arbeitslöhne und Sozialabgaben nicht mehr oder nicht mehr vollständig bezahlen, sind die Arbeitnehmer besonders gefährdet, wenn es anschließend nicht zu einer Erholung der Firma kommt, sondern zum Konkurs. Für letzteren Fall sollen die Mitgliedstaaten Garantiefonds schaffen, die vom Vermögen der Arbeitgeber unabhängig und damit dem Zugriff der sonstigen Konkursgläubiger nicht ausgesetzt sind. Die Mitgliedstaaten haben hinsichtlich der Ausgestaltung der Garantiesysteme verschiedene Möglichkeiten, insbesondere können sie die Unternehmen zur Mitfinanzierung heranziehen. Ebenso gibt es Ermessensspielräume hinsichtlich der auszahlenden Mindest- und Höchstsummen. Nach ihrem Artikel 11 war die Richtlinie bis 23. Oktober 1983 in nationales Recht umzusetzen. Da Italien dieser Verpflichtung nicht rechtzeitig nachgekommen war, wurde es auf Klage der Kommission am 2. Febru-

ar 1989 wegen Verletzung von Artikel 189 i.V.m. 5 EWG-Vertrag und Artikel 11 der Richtlinie verurteilt.⁶⁷

Herr *Francovich* hatte in der Zeit nach Ablauf der Umsetzungsfrist und vor Verurteilung Italiens und der nachfolgenden verspäteten Umsetzung der Richtlinie für ein italienisches Unternehmen gearbeitet, dafür aber nur gelegentlich Vorschüsse auf seinen Lohn erhalten. Seine Klage gegen den Arbeitgeber auf Lohnzahlung endete mit einem fruchtlosen Pfändungsversuch. *Francovich* verlangt daher vom italienischen Staat die in der Richtlinie vorgesehenen Mindestgarantieleistungen, hilfsweise Schadensersatz. Das nationale Gericht wandte sich an den Gerichtshof mit der Frage, ob und wenn ja in welcher Höhe Einzelpersonen unmittelbare Ansprüche aus der Richtlinie gegen den Staat herleiten können und ob alternativ ein Schadensersatzanspruch gegen den Staat wegen Nichtumsetzung der Richtlinie in Betracht komme.

Der EuGH antwortete zu der Frage nach der (vertikalen) Drittwirkung: Ein Anspruch könne nur bestehen, wenn die Richtlinie unbedingt und hinreichend klar erkennen lasse a) den begünstigten Personenkreis, b) den Inhalt der Garantie und c) den Leistungsschuldner. Die begünstigten Arbeitnehmer ergäben sich hinreichend klar aus Artikel 1 und 2 der Richtlinie. Was den Inhalt der Garantie anging, so fand der EuGH diesen hinreichend bestimmbar, obwohl den Mitgliedstaaten hier weite Gestaltungsspielräume belassen waren: Wie sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs ergebe,

schließt die Tatsache, daß der Staat zwischen zahlreichen möglichen Mitteln zur Erreichung des durch eine Richtlinie vorgeschriebenen Ziels wählen kann, nicht aus, daß die einzelnen vor den nationalen Gerichten die Rechte geltend machen können, deren Inhalt sich bereits aufgrund der Richtlinie mit hinreichender Genauigkeit bestimmten läßt.⁶⁸

Bei der Person des Schuldners war der Inhalt der Richtlinie jedoch weniger eindeutig. Die Mitgliedstaaten konnten die Mittel für den Garantiefonds entweder vollständig selbst aufbringen oder Beiträge von den Arbeitgebern verlangen. Daher fuhr der EuGH fort:

Die von der Kommission angeführte Tatsache, daß die Richtlinie als eine von mehreren Möglichkeiten die vollständige Finanzierung dieses Systems durch die öffentliche Hand vorsieht, kann nicht bedeuten, daß der Staat als Schuldner der nichterfüllten Ansprüche angesehen werden könnte. Die Zahlungsverpflichtung trifft die Garantieeinrichtungen; erst wenn der Staat seine Befugnis zur Einrichtung des Garantiesystems ausübt, kann er die vollständige Finanzierung durch die öffentliche Hand vorsehen. In diesem Fall übernimmt der Staat

mit dem Grundrecht auf Gleichbehandlung der Geschlechter abhängig (vgl. z.B. *Herber*, oben Fußnote 6, S. 401 f.) ist hiernach nicht mehr haltbar.

- 61) Rs. Marshall, oben Text zu Fußnote 48, wiederholt bestätigt, z.B. in der Rs. 372-374/85, *Traen*, Urteil vom 12. Mai 1987, Slg. 1987, S. 2545 oder in der Rs. C-221/88, *Busseni*, Urteil vom 22. Februar 1990, Slg. 1990 I, S. 495.
- 62) Erstmals in den Rs. 14/83, *von Colson* und Rs. 79/83, *Harz*, s.o. Text zu Fußnote 45, ebenfalls wiederholt bestätigt, z.B. Rs. 222/84, *Johnston*, Urteil vom 15. Mai 1986, Slg. 1986, S. 1651, und Rs. 31/87, *Beentjes*, Urteil vom 20. September 1988, Slg. 1988, S. 4635, Rn. 39.
- 63) Generalanwalt *Walter van Gerven* lehnt es strikt ab, hierin eine horizontale Drittwirkung der Richtlinie zu sehen. Zwischen den Privaten wirke ausschließlich das nationale Recht, welches lediglich richtlinienkonform ausgelegt werde (Nr. 7 der Schlußanträge, Slg. S. 4146); vgl. auch *Jarass*, oben Fn. 46. Interessant sind auch die Ausführungen des Generalanwalts zur zeitlichen Begrenzung der mittelbaren Drittwirkung: Nationale Vorschriften, welche noch aus der Zeit vor Erlass der Richtlinie stammen, müssen erst ab Ablauf der Umsetzungsfrist richtlinienkonform ausgelegt werden. Dagegen muß nationales Recht, welches angesichts einer bereits existierenden Richtlinie verabschiedet wurde und daher im Zweifel diese umsetzen soll sofort ab seiner Gültigkeit richtlinienkonform ausgelegt werden. (Nr. 9 und Fußnote 16 der Schlußanträge, Slg. S. 4147)
- 64) Vgl. schriftliche Stellungnahme der Kommission in der Rs. C-106/89, *Marleasing*,

S. 4140 f. der Slg. Diese Lösung ist jedoch keineswegs unproblematisch. Siebürdet den nationalen Gerichten die Pflicht auf, von Fall zu Fall zu entscheiden, ob eine entgegenstehende nationale Norm richtlinienkonform auslegungsfähig ist. Die Ergebnisse werden je nach Gemeinschaftsfreundlichkeit und Kenntnisstand der Spruchkörper von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat, ja sogar von Gerichtsbezirk zu Gerichtsbezirk und im Laufe der Zeit wechseln: So sagte *Lord Diplock* in *Garland*, nur die ausdrückliche Bestimmung in einem Parlamentsgesetz, daß dieses Gesetz gegen Gemeinschaftsrecht verstoßen wolle, sollte den nationalen Richter davon abhalten, es gemeinschaftskonform auszulegen "however wide a departure from the prima facie meaning of the language of the provision might be needed in order to achieve consistency" (House of Lords, 2 A.C. 1983, S. 751 ff. (771)). Diese Entscheidung stieß nachfolgend auf wenig Unterstützung und das Pendel schlug in die andere Richtung: Beginnend mit *Duke* (A.C. 1988, S. 618) und besonders deutlich in *Finnegan* (2 A.C. 1990, S. 407; CMLRep 1990, S. 859) lehnte das House of Lords die richtlinienkonforme Auslegung nationalen Rechts rundweg ab, wenn dieses zwar nach Erlass einer Richtlinie verabschiedet wurde, diese aber nur faktisch und nicht ausdrücklich umsetzt.

- 65) Verb. Rs. C-6/90 und C-9/90, *Francovich*, Urteil vom 19. November 1991, EWS 1991, 391, noch nicht in der amtlichen Slg. erschienen.
- 66) ABl. 1980 L 283, S. 23.
- 67) Rs. 22/87, *Kommission/Italien*, Slg. 1989, S. 143.

eine Verpflichtung, die ihm eigentlich nicht obliegt. Obwohl also die in Rede stehenden Richtlinienvorschriften in bezug auf die Bestimmung des Personenkreises, dem die Garantie zugute kommen soll, und den Inhalt dieser Garantie unbedingt und hinreichend genau sind, können sich die einzelnen deshalb noch nicht vor den nationalen Gerichten auf diese Vorschriften berufen. Zum einen regeln sie nämlich nicht, wer Schuldner der Garantieansprüche ist; zum anderen kann der Staat nicht allein deshalb als Schuldner angesehen werden, weil er die Richtlinie nicht fristgemäß umgesetzt hat.⁶⁹

Bis hierhin bringt der Fall nichts wirklich Neues. Allenfalls wird klargestellt, daß ein Mitgliedstaat, der eine Richtlinie nicht fristgemäß umsetzt, welche Rechte und Pflichten für Private schaffen soll, deshalb nicht automatisch in die Rolle des Pflichtigen schlüpft. Der Fall ist ein schönes Beispiel für eine Richtlinie, die zwar hinreichend klar und eindeutig ist und auch eine unbedingte Verpflichtung des Staates (zur Schaffung des Garantiesystems) enthält, aber im Ergebnis von einer innerstaatlichen Handlung abhängt, nämlich der tatsächlichen Errichtung dieses Systems. Das Urteil geht aber weiter, denn es war noch nach einer möglichen Haftung des Staates gefragt, für die Schäden, welche die Verletzung seiner gemeinschaftsrechtlichen (Umsetzungs-)Verpflichtungen verursacht hat.⁷⁰ In den Gründen heißt es dazu:

Die volle Wirksamkeit der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen wäre beeinträchtigt und der Schutz der durch sie begründeten Rechte gemindert, wenn die einzelnen nicht die Möglichkeit hätten, für den Fall eine Entschädigung zu erlangen, daß ihre Rechte durch eine Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht verletzt werden, der einem Mitgliedstaat zuzurechnen ist. Die Möglichkeit einer Entschädigung durch den Mitgliedstaat ist vor allem dann unerlässlich, wenn die volle Wirkung der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen wie im vorliegenden Fall davon abhängt, daß der Staat tätig wird, und die einzelnen deshalb im Falle einer Untätigkeit des Staates die ihnen durch das Gemeinschaftsrecht zuerkannten Rechte vor den nationalen Gerichten nicht geltend machen können.⁷¹

Es gebe drei Voraussetzungen einer solchen Staatshaftung wegen Nichtumsetzung einer Richtlinie: Die Richtlinie müsse die Verleihung von Rechten an Private beabsichtigen, der Inhalt oder Mindestinhalt dieser Rechte müsse bestimmbar sein und die Nichtumsetzung müsse kausal für den Schaden des Betroffenen sein.⁷² Wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind "hat das vorlegende Gericht im Rahmen des nationalen Haftungsrechts" (dessen Voraussetzungen nicht ungünstiger ausgelegt werden dürfen, als bei ähnlichen Klagen, die nur nationales Recht betreffen) "das Recht der Arbeitnehmer auf Ersatz der Schäden sicherzustellen, die ihnen dadurch entstehen, daß die Richtlinie nicht umgesetzt worden ist."⁷³

Als Zwischenergebnis dieser tour de force durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs zur unmittelbaren Anwendbarkeit von Richtlinien läßt sich damit folgendes festhalten: Nicht rechtzeitig oder nicht richtig umgesetzte Richtlinien entfalten vertikale Drittwirkung. Damit können sich Private gegenüber dem Staat⁷⁴ auf Bestimmungen der Richtlinien berufen, wenn diese hinreichend klar und eindeutig formuliert sind, eine unbedingte Verpflichtung des Staates zu einem Tun oder Unterlassen enthalten und nicht von einer nach innerstaatlichem Recht vorzunehmenden Handlung abhängen. Hinsichtlich der Wirkung von Richtlinien zwischen Privaten, d.h. auch zu Lasten von Privaten, ergibt sich nur eine mittelbare Drittwirkung über die Verpflichtung der Gerichte, als Organe der Staaten, das vorhandene nationale Recht so gut wie irgend möglich im Einklang mit den Richtlinien auszulegen. Unter gewissen, nicht allzu strengen Voraussetzungen, kommt schließlich eine Haftung des Staates nach innerstaatlichem und damit je nach Mitgliedstaat unterschiedlichen Recht, für Schäden in Betracht, die Privaten entstehen, weil der Staat es versäumt hat, eine Richtlinie pflichtgemäß umzusetzen.⁷⁵

Nach meiner Meinung ist diese Gemengelage zu kompliziert, die Ergebnisse der Verfahren zu wenig vorhersehbar, der Nutzen des Gemeinschaftsrechts damit im Ergebnis nur wenigen Spezialisten zugänglich und insbesondere für die Bürger überhaupt nicht mehr erkennbar. Das Europarecht ist aber mehr als jedes andere Rechtsgebiet auf die Kooperation der nationalen Gerichte, der Rechtsanwälte und letztlich aller Rechtssubjekte angewiesen. Eine Befürwortung und Unterstützung der Gemeinschaft und ihres Rechts kann auf Dauer nur von denen erwartet werden, die darin mehr Vorteile als Nachteile sehen. Keinesfalls sollte das Europarecht in den Ruf kommen, ein nicht mehr erfaßbares Dickicht von Vorschriften zu sein, über das der Gerichtshof mehr oder weniger willkürlich, jedenfalls aber unverständlich regiert. Die generelle Bejahung der horizontalen Drittwirkung von Richtlinien in Verbindung mit einer Haftung der Mitgliedstaaten nach gemeinschaftsweit vereinheitlichten Grundsätzen für die verbleibenden Schäden (z.B. wegen des Prozeßrisikos und des Zeitverlustes) kann diese Probleme lösen helfen.

IV. Interessenabwägung und Lösungsmöglichkeiten

Die Argumente, welche gegen die horizontale Drittwirkung von Richtlinien ins Feld geführt werden, sind kaum mehr zu übersehen. Sie lassen sich im Ergebnis jedoch auf relative wenige Grundgedanken zurückführen. Ziel der nachfolgenden Ausführungen ist es, diese Grundgedanken darzustellen, zu entkräften und darüberhinaus zu zeigen, daß es wichtige, ja beinahe zwingende Gründe gibt, Richtlinienbestimmungen unter bestimmten Voraussetzungen horizontale Wirkung zwischen Privaten zuzuerkennen.

68) Rn. 17 der Entscheidungsgründe.

69) Rn. 25 und 26 der Entscheidungsgründe.

70) Der Gerichtshof hatte zwar schon früher angedeutet, daß die Verletzung der gemeinschaftsrechtlichen Pflichten durch einen Mitgliedstaat zur Staatshaftung führen könne, diese Urteile waren aber erstaunlich wenig beachtet worden; vgl. Rs. 39/72, *Schlachtpremien* (Kommission/Italien), Urteil vom 7. Februar 1973, Slg. 1973, S. 101 (Rn. 11 der Entscheidungsgründe) und Rs. 60/75, *Russo gegen AIMA*, Urteil vom 22. Januar 1976, Slg. 1976, S. 45 (Rn. 7/9 der Gründe). Dazu *Green/Barav*, *Damages in the National Courts for Breach of Community Law*, *Yearbook of European Law*, Vol. 6, 1987, S. 55 ff. (61 ff.).

71) Rn. 33 und 34 der Entscheidungsgründe.

72) Rn. 38 bis 41 der Entscheidungsgründe.

73) Rn. 45 i.V.m. 43 der Entscheidungsgründe.

74) Keinesfalls geht dies jedoch umgekehrt, d.h. der Staat kann sich nicht gegenüber Privaten auf eine nicht umgesetzte Richtlinie berufen. Dieses Ergebnis wurde in zwei Urteilen des EuGH zur sogenannten umgekehrten vertikalen Drittwirkung

bekräftigt: Rs. 14/86, *Pretore di Salò gegen X*, Urteil vom 11. Juni 1987, Slg. 1987, S. 2545 und Rs. 80/86, *Kolpinghuis Nijmegen*, Urteil vom 8. Oktober 1987, Slg. 1987, S. 3969. Es handelt sich jedoch beide Male um besonders gelagerte Fälle: Nach (altem) nationalem Recht wäre das den Betroffenen vorgeworfene Verhalten nicht strafbar gewesen. Der Mitgliedstaat wollte daher auf die Richtlinie ausweichen um eine quasi rückwirkende Strafbarkeit der Betroffenen auch für die Zeit vor Umsetzung der Richtlinie zu erreichen. Ein solcher Versuch muß ohne weiteres an dem fundamentalen Rechtsgrundsatz *nulla poena sine lege* scheitern, jedenfalls solange die unmittelbare Anwendbarkeit von Richtlinien ab Ablauf der Umsetzungsfrist nicht generell und mit Wirkung für und gegen alle festgestellt worden ist.

75) Außer der Abhängigkeit vom nationalen Staatshaftungsrecht und damit der ungerechtfertigten Ungleichbehandlung der Bürger in den verschiedenen Mitgliedstaaten, läßt dieser Ansatz die Frage offen, ob die Haftung nur in Betracht kommt, wenn der EuGH, wie im vorliegenden Fall, bereits festgestellt hat, daß der Mitgliedstaat durch Nichtumsetzung einer konkreten Richtlinie gegen seine gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtungen verstoßen hat.

1. Der Wortlaut des Artikels 189 EWG-Vertrag

Die erste Gruppe von Argumenten gegen die horizontale Drittwirkung knüpft am Wortlaut des EWG-Vertrags an: Nach Artikel 189 gelten nur Verordnungen unmittelbar in den Mitgliedstaaten, Richtlinien sind dagegen nur für den oder die Mitgliedstaaten verbindlich, an den sie adressiert sind. Richtlinien sind zudem nur hinsichtlich des Ziels verbindlich. Daher wird vorgetragen, den Mitgliedstaaten müsse ein Ermessen hinsichtlich der Wahl der Form und Mittel bleiben; die Richtlinien könnten gar keine hinreichend genauen und unbedingten Regelungen treffen, wie es für eine unmittelbare Anwendbarkeit nötig wäre.⁷⁶ Außerdem sei die Unterscheidung in Artikel 189 nicht ohne Folgen. Bewußt habe der EWG-Vertrag der Gemeinschaft auf vielen Gebieten nur eine Kompetenz zum Erlass von Richtlinien gegeben. Daher dürfe die Unterscheidung zwischen Richtlinien und Verordnungen nicht verwischt werden.⁷⁷

Das letzte Argument, welches scheinbar das größte Gewicht hat, läßt sich am leichtesten entkräften. Der Unterschied zwischen Verordnungen und Richtlinien wird durch meinen Vorschlag gar nicht verwischt. An der Kompetenzgrundlage und Rechtsnatur der Richtlinien ändert sich zunächst gar nichts. Von ihrer Verabschiedung durch Kommission und/oder Rat bis zum Ablauf der Umsetzungsfrist sind die Wirkungen genau wie bisher. Erst wenn und soweit ein oder mehrere Mitgliedstaaten bei Ablauf der Frist nicht oder nicht richtig umgesetzt haben, werden diejenigen Bestimmungen einer Richtlinie unmittelbar horizontal (und vertikal) anwendbar, die dazu geeignet sind, d.h. insbesondere die bekannten drei Voraussetzungen erfüllen.⁷⁸ Ein Verstoß der Mitgliedstaaten gegen die Verpflichtung zur rechtzeitigen und richtigen Umsetzung würde daher nicht nur mit der vertikalen Drittwirkung sanktioniert, sondern auch mit dem Verlust der Wahlmöglichkeit hinsichtlich "Form und Mittel".

Auf das Argument, diese Sanktion sei jedenfalls dann nicht gerechtfertigt, wenn ein Mitgliedstaat unabsichtlich eine Richtlinie unvollständig oder unrichtig umsetzt, lassen sich zwei Antworten geben: Unabsichtlich falsche Umsetzung wird häufig auf mangelhafte Sorgfalt zurückzuführen sein. Genaues und pünktliches Arbeiten ist letztlich eine Frage der Prioritäten. Eine wirksamere Sanktion als die bisherigen Feststellungsurteile nach Artikeln 169, 171 EWG-Vertrag wird den Mitgliedstaaten Anlaß geben, dem Gemeinschaftsrecht einen höheren Stellenwert einzuräumen. Zweitens besteht bei Schwierigkeiten im Zusammenhang mit der Umsetzung von Richtlinien immer die Möglichkeit der Rückfrage bei Kommission und/oder Rat und die Bitte um Fristverlängerung.⁷⁹ In einigen neueren Entscheidungen hat der EuGH überdies darauf hingewiesen, daß die Mitgliedstaaten schon an den vorbereitenden Arbeiten für den Erlass der Richtlinien beteiligt sind. Implizit verlangt der Ge-

richtshof daher, daß die Mitgliedstaaten erforderlichenfalls schon vor Erlass der Richtlinie die nationale Umsetzung vorbereiten und schon bei der Ausarbeitung der Bestimmungen auf Gemeinschaftsebene dahingehend mitwirken, daß spätere Probleme bei der Umsetzung vermieden werden.⁸⁰

Nun zu dem Argument, daß Artikel 189 ausschließlich an die Mitgliedstaaten adressiert ist. Zunächst sei festgehalten, daß auch bei anderen gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen der Adressatenkreis, oder besser der Kreis der Betroffenen, durch die Rechtsprechung des EuGH erweitert wurde. Obwohl Artikel 12 nur an die Mitgliedstaaten gerichtet ist, benutzte ihn der EuGH in *van Gend & Loos* als Aufhänger für die Begründung der (vertikalen) unmittelbaren Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts schlechthin.⁸¹ Artikel 119 hat einen ganz ähnlichen Wortlaut wie Artikel 189 III. Seine vertikale Drittwirkung wurde 1976 in der Sache *Defrenne II* festgestellt.⁸² Später folgten zahlreiche Urteile, in denen einzelnen Arbeitnehmern horizontale Ansprüche gegen private Arbeitgeber unmittelbar aufgrund Artikel 119 zugesprochen wurden.⁸³ Erst vor kurzem hat der EuGH die Befugnis des Europäischen Parlaments zur Erhebung einer Nichtigkeitsklage nach Artikel 173 unter gewissen Voraussetzungen bejaht, obwohl das Parlament dort nicht genannt ist.⁸⁴ Da die Gemeinschaft nicht statisch sondern dynamisch angelegt ist und sich ständig weiter in Richtung Integration entwickelt, ist es unvermeidbar, auch die Vorschriften des Vertrages dynamisch auszulegen. Das BVerfG hat daher anerkannt, daß der EuGH zur Rechtsfortbildung befugt ist.⁸⁵ Nach dieser Entscheidung, die im Zusammenhang mit der Begründung der vertikalen Drittwirkung von Richtlinien durch den EuGH erging, ist nicht mehr einzusehen, warum der EuGH aus grundsätzlichen Überlegungen an der Bejahung der horizontalen Drittwirkung gehindert sein sollte. Die wirkliche Frage wird vielmehr sein, welche Anforderungen hinsichtlich Begründung und Klarheit an die Rechtsfortbildung zu stellen sind.

Schließlich zu dem Problem, ob Richtlinien überhaupt vollständige und klare Regelungen treffen dürfen, die ohne Umsetzung unmittelbar anwendbar sein können. Eine Klarstellung vorweg: Es geht hier nicht um die generelle unmittelbare Anwendbarkeit aller Richtlinien. Es geht vielmehr nur um die horizontale (und vertikale) Drittwirkung von einzelnen Richtlinienbestimmungen, die nicht rechtzeitig oder nicht richtig umgesetzt worden sind und die drei vorgenannten Voraussetzungen erfüllen (klar und eindeutig, unbedingte Anordnung, nicht von innerstaatlichen Handlungen abhängig). In den allerseltensten Fällen wird je eine ganze Richtlinie horizontale Drittwirkung entfalten.⁸⁶ Im Normalfall werden es vielmehr einzelne Artikel, Absätze oder auch nur Unterabsätze sein, in denen grundlegende Prinzipien oder Mindeststandards festgelegt sind. Entsprechend stellt sich

76) *Herber* erklärt z.B. "die Richtlinie ist ihrer Natur nach zumeist nicht für eine unmittelbare Anwendbarkeit geeignet, weil sie nicht hinreichend klar und unmißverständlich formuliert ist (ja nicht einmal formuliert sein darf [...])," gesteht allerdings zu, daß dies strittig sei (*Herber*, oben Fußnote 6, S. 403).

77) Z.B. Generalanwalt *Sir Gordon Slynn* in der Rs. 152/84, *Marshall*, oben Fußnote 47, auf S. 734 der Slg. und Generalanwalt *Mischio* in der Rs. 80/86, *Kolpinghuis Nijmegen*, oben Fußnote 74, S. 3976 der Slg.

78) Auch der EuGH spricht in seinen Entscheidungen zur unmittelbaren Anwendbarkeit immer nur von "ähnlichen Wirkungen", die durch Artikel 189 nicht ausgeschlossen seien, vgl. z.B. Rs. 41/74, *van Duyn*, oben Fußnote 25, Rn. 12 der Entscheidungsgründe.

79) Der leading-case zur Pflicht der Mitgliedstaaten bei Schwierigkeiten mit der Anwendung des Gemeinschaftsrechts in Konsultationen mit den Gemeinschaftsorganen zu treten ist Rs. 102/79, *Betriebserlaubnis für Kfz* (Kommission/Belgien), Urteil vom 6. Mai 1980, Slg. 1980, S. 1473; vgl. auch Rs. C-217/88, *Tafelwein* (Kommission/Deutschland), Urteil vom 10. Juli 1990, Slg. 1990 I, S. 2879 (aufbereitet in HSVE, S. 135 ff.) und Rs. 186/85, *Kommission/Belgien*, Urteil vom 7. Mai 1987, Slg. 1987, S. 2029 (aus dem letztgenannten Urteil folgt der Präsident des EuGH eine allgemeine Konsultationspflicht: *O. Due*, Article 5 du traité CEE – Une disposition de caractère fédéral? Conference Robert Schuman sur le droit communautaire, Collected Courses of the Academy of European Law, Vol. II 1, S. 14 f.).

80) Rs. 136/81, *Kommission/Italien*, Urteil vom 12. Oktober 1982, Slg. 1982, S. 3547; Rs. 364/85, *Kommission/Italien*, Urteil vom 29. Januar 1987, Slg. 1987, S. 487 und Rs. 134/86, *Kommission/Belgien*, Urteil vom 4. Juni 1987, Slg. 1987, S. 2415.

Auf diesen Grundlagen ist das Argument von *Herber*, die fristgerechte Umsetzung sei in vielen Fällen praktisch nicht möglich, zurückzuweisen (*Herber*, oben Fußnote 6, S. 402).

81) Oben Fußnote 17.

82) Rs. 43/75, Urteil vom 8. April 1976, Slg. 1976, S. 455; aufbereitet in HSVE, S. 180 ff. Vgl. auch *Easson*, Can Directives Impose Obligations on Individuals?, ELR 1979, S. 67 ff. (70 f.).

83) Z.B. Rs. 129/79, *Wendy Smith*, Urteil vom 27. März 1980, Slg. 1980, S. 1275.

84) Rs. C-70/88, *Tschernobyl*, Urteil vom 22. Mai 1990, Slg. 1990 I, S. 2041; aufbereitet in HSVE, S. 381 ff.

85) BVerfG, *Kloppenburger*, 2 BvR 687/85, Beschluß vom 8. April 1987, BVerfGE 75, S. 223. Es darf an dieser Stelle daran erinnert werden, daß Entscheidungen des BVerfG nach § 31 I, II BVerfGG Gesetzeskraft haben und alle innerstaatlichen Behörden und Gerichte binden.

86) Die Befürchtung von *Bleckmann*, die nationalen Parlamente könnten im Rahmen des zweistufigen Richtlinienverfahrens zu bloßen Ja-Sagern degradiert werden, ist also weitgehend unbegründet (*Bleckmann*, Zur unmittelbaren Anwendbarkeit der EG-Richtlinien, RIW 1984, S. 774 ff. (777)).

hier auch nur die Frage, ob nach Artikel 189 alle Teile von Richtlinien unklar und ausfüllungsbedürftig sein müssen. Die Antwort erübrigt sich wohl.⁸⁷

2. Die Rechtssicherheit

Im Rahmen der Anforderungen an die Rechtssicherheit werden vor allem zwei Argumente gegen die horizontale Drittwirkung vorgebracht. Zum einen sei nicht hinnehmbar, daß Private durch unmittelbar wirkende Richtlinien belastet werden, wenn sie auf eine abweichende noch nicht angepaßte nationale Norm vertraut haben.⁸⁸ Zweitens seien Richtlinien nicht veröffentlichungspflichtig. Daher könnten Private vor Umsetzung der Richtlinie gar nichts von eventuell bestehenden Pflichten wissen.

Die erstaunlich langlebige Diskussion um die Veröffentlichungspflicht erscheint ein bißchen wie der Streit um des Kaisers Bart. Tatsache ist, daß seit 1960⁸⁹ zumindest alle diejenigen Richtlinien genau wie die Verordnungen im Amtsblatt veröffentlicht werden, die an sämtliche Mitgliedstaaten gerichtet sind. Hinsichtlich einer Verordnung hat der EuGH auch schon einmal entschieden, daß ihre Anwendung zu Lasten Privater jedenfalls ab der tatsächlichen Veröffentlichung im Amtsblatt unproblematisch sei.⁹⁰ Welchen Gewinn an Rechtssicherheit soll es bringen, wenn eine tatsächlich erfolgte Veröffentlichung zusätzlich noch vorgeschrieben war? Wäre es nicht sinnvoller, *prima facie* die tatsächliche Veröffentlichung zu akzeptieren und nur dann, wenn einmal der seltene Fall auftreten sollte, daß eine Richtlinie absichtlich oder unabsichtlich nicht veröffentlicht wurde, die unmittelbare Anwendbarkeit zu verneinen?⁹¹ Ab 1993 wird das Problem jedenfalls nicht mehr auftreten, da nach der in Maastricht verabschiedeten Neufassung von Artikel 189 Absatz I und II zukünftig alle in einem bestimmten Verfahren verabschiedet und alle Richtlinien, die an sämtliche Mitgliedstaaten gerichtet sind, veröffentlicht werden müssen.

Auch das Argument, eine horizontale Drittwirkung sei aus Gründen des Vertrauensschutzes abzulehnen, läßt sich entkräften. Am deutlichsten tritt das Problem bei der Falschumsetzung zutage. Herber schreibt hierzu wörtlich:

Bestehen also schon gegen die unmittelbare Anwendung einer nicht oder nicht fristgerecht umgesetzten Richtlinie Bedenken, so wird die hier bekämpfte Auffassung vollends untragbar, wenn es sich darum handelt, eine nicht richtig umgesetzte Richtlinie in einem Vertragsstaat – also in Abweichung von der nationalen Ausführungsgesetzgebung – unmittelbar anzuwenden. Wir hätten bei solcher Auslegung – die in der Tat vertreten wird – zwei Rechtsquellen nebeneinander: Das innerstaatliche umsetzende Recht und die Richtlinienbestimmung als solche. Der Vorrang des Europarechts könnte in einem solchen Fall den Vorrang der Richtlinie mit sich bringen; der im allgemeinen Völkerrecht in solchen Fällen übliche Gedanke, die nationale Gesetzgebung sei *lex posterior* und ginge deshalb dem internationalen Instrument vor, zöge also hier nicht. [...] ⁹²

Tatsächlich sieht sich der betroffene Private bei Bejahung der horizontalen Drittwirkung, in diesem Fall u.U. zwei widersprüchlichen Vorschriften ausgesetzt. Dies ist aber kein richtlinienspezifisches Problem, sondern ein Problem, welches in jedem System mit mehreren Normenhierarchieebenen vorkommt.⁹³ So ist es im deutschen Verwaltungsrecht völlig normal, bei der Anwendung einer Verordnung auf einen gegebenen Sachverhalt auch die Gültigkeit der Verordnung, d.h. ihre Vereinbarkeit mit dem nach Artikel 80 Absatz I GG erforderlichen Ermächtigungsgesetz und eventuell auch die Vereinbarkeit mit sonstigem höherrangigem Recht, z.B. den Grundrechten und der EMRK zu prüfen. Auch in diesem Fall gilt keine *lex posterior*-Regel. Eben weil es normal ist und jedem Verwaltungsjuristen vertraut, sieht hierin niemand ein ernsthaftes Problem für die Rechtssicherheit.

Das Problem im Europarecht besteht ebenfalls nicht in der Rechtssicherheit, sondern in der Normalität und Vertrautheit. Genau hier hilft aber am schnellsten die Brechstangen-Methode. Die meisten Juristen werden sich erst und nur dann in ein für sie neues Rechtsgebiet einarbeiten, wenn dies unumgänglich geworden ist. Die Bejahung der horizontalen Drittwirkung von Richtlinien (in Verbindung mit dem bestehenden Vorrang des Gemeinschaftsrechts) würde daher am schnellsten für eine Verbreitung von Kenntnissen im Gemeinschaftsrecht führen. Nach dieser Devisen ist der EuGH erst kürzlich verfahren: Im Fall *Behn*⁹⁴ divergierten der per EG-Verordnung festgelegte und im Amtsblatt veröffentlichte Gemeinsame Zolltarif GZT und der deutsche Gebrauchszolltarif. Ein Importeur hatte sich auf den Gebrauchszolltarif verlassen, seinen Einfuhrzoll bezahlt, seine Preise entsprechend kalkuliert und die Waren weiterverkauft. Später wurde der Fehler im Gebrauchszolltarif erkannt und der Importeur zu einer Zollnachzahlung herangezogen. Auf seine Klage erklärte der EuGH:

“Ein Irrtum [der nationalen Zollbehörden] über den Zollsatz, wie er dem Ausgangsverfahren zugrundeliegt, hätte von einem sorgfältigen Gewerbetreibenden anhand des Amtsblatts der Europäischen Gemeinschaften [...] erkannt werden können. [...] Von einem [Gewerbetreibenden, der im wesentlichen Import- und Exportgeschäfte tätigt und über einschlägige Erfahrungen verfügt] konnte also erwartet werden, daß er die Abweichung des deutschen Gebrauchszolltarifs vom GZT erkennen konnte.”⁹⁵

Die Zollbehörden und die betroffenen Gewerbetreibenden werden in Zukunft aufpassen! Zur Beruhigung sei an dieser Stelle noch eine Passage aus einer fast gleichzeitig ergangenen anderen Entscheidung des EuGH zitiert: “Bei der Beurteilung, ob [...] ein ‘Irrtum’ vorliegt, der ‘vom Abgabenschuldner nicht erkannt werden konnte’, ist namentlich auf die Art des Irrtums, die Erfahrung des betreffenden Wirtschaftsteilnehmers und die von ihm aufgewandte Sorgfalt abzustellen.”⁹⁶ Die Bejahung des Grundsatzes verhindert also nicht die Einzelfallgerechtigkeit.

Als Ergebnis läßt sich damit festhalten, daß eine Rechtsunsicherheit nur dann und solange besteht, wie über die mögliche

87) Z.B. in der bereits genannten Rs. 38/77, *Enka* hatte der Gerichtshof keine Einwendungen gegen eine Richtlinienbestimmung, die den Mitgliedstaaten “keinerlei Ermessensspielraum einräumt und der Wortlaut der Richtlinie daher den Bestimmungen der Mitgliedstaaten vorgeht, die mit ihr unvereinbar sind.” (vgl. oben Fußnote 27, Rn. 15/17 der Entscheidungsgründe). In der Rs. 8/81, *Becker*, führt der EuGH aus, weder der allgemeine Charakter der Richtlinie noch der Spielraum, den sie den Mitgliedstaaten “an anderer Stelle” einräume, führten zu einer Ablehnung der (vertikalen) Drittwirkung (oben Fußnote 33, Rn. 30 der Entscheidungsgründe, Hervorhebung vom Verfasser).

Wie außerdem von *Ipsen* nachgewiesen wurde, enthält nur die deutsche Fassung des Artikels 189 den Begriff, daß die Richtlinie nur ein “Ziel” festlege. In den anderen Vertragssprachen ist vielmehr von einem Ergebnis die Rede (résultat, risultato, resultaat). Daraus folgert er, daß den Mitgliedstaaten immer nur soviel Gestaltungsspielraum verbleibe, wie die Richtlinie eben übrig lasse. Jedenfalls sei die Gemeinschaft nicht daran gehindert, mittels Richtlinie erforderlichenfalls auch abschließende Re-

gelungen selbst zu treffen (*Ipsen*, Festschrift f. Ophüls, 1965, S. 67 ff. (74)).

88) Z.B. *Freyer*, Richtlinien spezifische Probleme am Beispiel der Produkthaftung, EuZW 1991, S. 49 ff. (52).

89) Grundlage ist die Entscheidung 22/60 der Hohen Behörde, ABL 1960, S. 1248.

90) Rs. 98/78, *Racke*, Urteil vom 25. Januar 1979, Slg. 1979, S. 69. Vgl. zu diesem Problem *Richter*, Die unmittelbare Wirkung von EG-Richtlinien zu Lasten einzelner, EuR 1988, S. 394 (402).

91) So *Easson*, oben Fußnote 82, S. 72 f., m.w.N.

92) *Herber*, oben Fußnote 6, S. 403.

93) Vgl. *Richter*, oben Fußnote 90, S. 402, der darlegt, daß Belastungen dieser Art hinzunehmen sind, entscheidend sei, daß ausreichende Rechtssicherheit und Rechtsschutzmöglichkeiten gewährleistet sind.

94) Rs. 80/89, Urteil vom 28. Juni 1990, Slg. 1990 I, S. 2659.

95) Rn. 14 und 15 der Entscheidungsgründe.

96) Rs. 64/89, *Deutsche Fernsprecher*, Urteil vom 26. Juni 1990, Slg. 1990 I, S. 2535.

Drittwirkung von Richtlinien nicht eindeutig und verständlich entschieden ist. Die derzeitige Rechtslage ist eine Quelle vielfältiger Rechtsunsicherheiten. Welche staatlichen und quasi-staatlichen Einrichtung sind kraft vertikaler Drittwirkung unmittelbar gebunden? Welche Ergebnisse sind von der mittelbaren horizontalen Drittwirkung zu erwarten, wie sie in "von Colson" begründet und in "Marleasing" wiederbelebt wurde? Gilt die Pflicht der richtlinienkonformen Auslegung nur für nationales Recht, das nach der Richtlinie und/oder ausdrücklich zu deren Umsetzung erlassen wurde?⁹⁷ Was ist mit nationalem Umsetzungsrecht, das keinen nennenswerten Auslegungsspielraum läßt?⁹⁸ Wird dagegen die horizontale Drittwirkung bejaht, so bleibt sicher eine Zeit des Übergangs, in der dies nicht von allen Gerichten und Juristen zur Kenntnis genommen und akzeptiert wird. Danach wird sich aber das klarere und damit letztlich bessere System durchsetzen.

Abschließend zu diesem Kapitel bleibt nur noch die Frage, ob und wie die Rechtsanwender in den Mitgliedstaaten diejenigen Richtlinien-Bestimmungen erkennen können, die zur unmittelbaren Anwendbarkeit geeignet sind. Als *Pescatore* noch Richter am EuGH war, sagte er dazu:⁹⁹

[L]egal rules, by their very nature, have a practical purpose. Any legal rule is devised so as to operate effectively (we are accustomed, in French, to speak here about *effet utile*). If it is not operative, it is not a rule of law. The task of lawyers is therefore not to thwart effects of legal rules, but to help in putting them into operation. In other words, [...] "direct effect" must be considered as being the normal condition of any rule of law. The non-operation of a rule of law appears thus to be not an ordinary phenomenon, but a real antimony in the legal system. In other words, "direct effect" must be presumed, it has not to be established *a priori*. [...] [W]hy do you ask questions about the "direct effect" of Community law? You had better try to apply it [...]. Questions will therefore arise only in those exceptional cases where the implementation of a given Community rule, **whatever its source and whatever its form**, meets some obstacle in law or in fact which even the best-intentioned lawyer feels difficult to overcome. [...] ¹⁰⁰

Horizontal und vertikal anwendbar wären danach alle Richtlinienbestimmungen, die ein gemeinschaftsfreundlicher nationaler Richter aus sich heraus anwenden kann. Das scheint mir einen Versuch wert.

3. Die *ratio legis* der unmittelbaren Anwendbarkeit: *Venire contra factum proprium* und Effektivität

Nur der Vollständigkeit halber sei hier noch kurz ein Argument behandelt, welches sich immer wieder in der Literatur findet: Der EuGH habe die vertikale Drittwirkung als Sanktion gegen die Mitgliedstaaten eingeführt, die eine konkrete Richtlinie

nicht rechtzeitig oder nicht richtig umgesetzt haben. Jene sollten sich gegenüber Dritten nicht auf ihr eigenes Verschulden berufen können.¹⁰¹ Dieses Treu- und Glauben-Argument passe aber nicht auf Privatpersonen, daher sei die horizontale Drittwirkung abzulehnen.¹⁰²

Zum einen habe ich oben gezeigt, daß es nach der Rechtsprechung des EuGH einen zweiten wichtigen Grund für die Einführung einer möglichst weitgehenden unmittelbaren Anwendbarkeit von Richtlinien gibt, den *effet utile*.¹⁰³ Zweitens behaupte ich, diese könne nicht so interpretiert werden, daß der Gerichtshof das am Anfang mehr gebrauchte Argument des *effet utile* später aufgegeben hätte und nun nicht mehr anerkenne. Dies ergibt sich einmal aus der Rückkehr des EuGH zum Effektivitätssprinzip, wie sie in *Francovich*¹⁰⁴ erkennbar ist. Schließlich sei eine Passage aus dem Urteil *Simmenthal II*¹⁰⁵ zitiert:

Aus alledem folgt, daß jeder im Rahmen seiner Zuständigkeit angerufene staatliche Richter verpflichtet ist, das Gemeinschaftsrecht uneingeschränkt anzuwenden und die Rechte, die es den einzelnen verleiht, zu schützen, indem er jede möglicherweise entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts, *gleichgültig, ob sie früher oder später als die Gemeinschaftsnorm ergangen ist, unangewendet läßt* [...] *selbst wenn das Hindernis, das sich so der vollen Wirksamkeit [des Gemeinschaftsrechts] in den Weg stellt, nur vorübergehender Art wäre*.¹⁰⁶

Dieses Urteil ist heute ebenso gültig wie damals, wie sich aus der regelmäßigen Bezugnahme des EuGH ergibt, zuletzt wieder in *Francovich*.¹⁰⁷

V. Zusammenfassung

Richtlinien dienen vor allem der Harmonisierung und parallelen Weiterentwicklung des Rechts der Mitgliedstaaten. Wenn einzelne Mitgliedstaaten Richtlinien nicht rechtzeitig oder nicht richtig in nationales Recht umsetzen, ergeben sich zumindest vorübergehend Ungleichheiten im Recht zwischen den Mitgliedstaaten. Zum Teil dürften diese Ungleichheiten beabsichtigt sein, d.h. manche Mitgliedstaaten zögern die Umsetzung bewußt hinaus, z.B. um sich nationale Wettbewerbsvorteile zu verschaffen oder zu erhalten.¹⁰⁸ Zum Teil beruht die zögerliche Umsetzungspraxis aber auch auf schlichter Ineffizienz des Gesetzgebers bzw. der Zuordnung einer niedrigen Priorität in der nationalen Politik und Verwaltung. Egal aus welchen Gründen es zu den Ungleichheiten kommt, führen diese häufig zu Diskriminierungen, Wettbewerbsverzerrungen, Belastungen und Gefährdungen der Verbraucher, Unzulänglichkeiten im Rechtsschutz und anderen negativen Effekten. Die Gemeinschaft hat daher ein Interesse an verbesserter Durchsetzung der Umsetzung oder anderen Wegen zur Erzielung der Effektivität des Gemeinschaftsrechts.

97) Generalanwalt Sir Gordon Slynn vertrat in *Marshall* die Ansicht, die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung könne sich nur auf späteres nationales Recht beziehen (oben Fußnote 47, S. 733 f.). In *Kolpinghuis Nijmegen* übernahm Generalanwalt Jean Mischo diese Ausführungen (oben Fußnote 74, S. 3978 f. der Slg.). In den Urteilsgründen findet sich dagegen keine solche Begrenzung, woraus Arnall zu Recht gefolgert hat, daß die *Von-Colson*-Regel auf jegliches nationale Recht anzuwenden sei (Arnall, *Having your cake and eating it ruled out*, ELR 1988, S. 42 ff. (44-45)). Diese Ansicht wird bestätigt, wenn man berücksichtigt, daß ein Mitgliedstaat nicht immer zur Umsetzung einer Richtlinie neues Recht schaffen muß. Soweit seine nationale Rechtsordnung bereits mit den Zielen der Richtlinie übereinstimmt kann er es darauf beruhen lassen. Solches älteres Recht wäre dann aber nach Sir Gordon nicht auslegungsfähig. Vgl. dazu Anderson, oben Fußnote 27, S. 102-103.

98) Vgl. oben Fußnote 64.

99) *Pescatore*, oben Fußnote 10, S. 155 und 177.

100) Nur die fettgedruckte Hervorhebung ist vom Verfasser. An anderer Stelle in diesem Aufsatz kommt Pescatore aufgrund der frühen Rechtsprechung des EuGH zu dem Schluß, Richtlinien hätten keine horizontale Drittwirkung. Er möge mir verzeihen,

daß ich seine eher rechtsphilosophischen und eindeutig nicht auf primäres Gemeinschaftsrecht und Verordnungen beschränkten Sätze in diesem Zusammenhang zitiere.

101) Vgl. oben Text zu Fußnote 30.

102) Z.B. Streil in Beutler/Bieber/Pipkorn/Streil, *Die Europäische Gemeinschaft – Rechtsordnung und Politik*, 3. Aufl. 1987, S. 232, m.w.N.

103) In der Rs. 9/70, *Leberpfennig*, hat sich Generalanwalt Roemer näher mit der Rechtsgrundlage der unmittelbaren Anwendbarkeit befaßt und kam zu dem Schluß, die Gewährung unmittelbarer Rechte zugunsten einzelner sei nur ein Rechtsreflex aus der Anwendung des *venire*-Arguments gegen den Staat. Hauptgrund für die unmittelbare Anwendbarkeit sei dagegen die Effektivität des Gemeinschaftsrechts. (oben Fußnote 22, S. 849 f. der Slg.); so auch Nicolaysen, *Europarecht I*, 1991, S. 165. *Grabitz* sieht die beiden Gründe in seiner Kommentierung zu Artikel 189 als sich ergänzend und gleichberechtigt (*Grabitz*, Kommentar zum EWG-Vertrag, Artikel 189, Rn. 61-62).

104) Oben Fußnote 65.

105) Rs. 106/77, oben Fußnote 21.

106) Rn. 21/23 der Entscheidungsgründe; Hervorhebung vom Verfasser.

Der Gerichtshof hat hierzu mehrere Wege eingeschlagen: Er hat eine vertikale Drittwirkung geeigneter Richtlinienvorschriften zu Lasten des Staates eingeführt, wobei der Begriff "Staat" zunehmend weit interpretiert wird; er hat zweitens eine mittelbare horizontale Drittwirkung eingeführt über die Verpflichtung der nationalen Gerichte, nationales Recht richtlinienkonform auszulegen; und er hat zuletzt die Möglichkeit festgestellt, daß die nicht rechtzeitige oder nicht richtige Umsetzung Schadensersatzpflichten des Staates gegenüber Privaten auslösen kann. In ihrer Kombination scheinen diese Mittel geeignet, die Effektivität des Gemeinschaftsrechts zunehmend besser durchzusetzen. Jede dieser Möglichkeiten hat jedoch gravierende Nachteile und Unwägbarkeiten. Vor allem sind die drei Ansätze in ihrer Kombination zu kompliziert. Dies führt zu Rechtsunsicherheit; das Ergebnis eines Rechtsstreits ist kaum mehr vorhersehbar, das Prozeßrisiko damit nicht abschätzbar.

Die generelle Bejahung der horizontalen Drittwirkung geeigneter Richtlinienbestimmungen im Fall der nicht rechtzeitigen oder nicht richtigen Umsetzung durch einen Mitgliedstaat wür-

de dagegen das Erfolgsrezept des Artikel 177 auf die Harmonisierung des Gemeinschaftsrechts übertragen. Konkret würde den 320 Millionen Bürgern eine wirksame Waffe zur Durchsetzung der Effektivität ihrer auf Gemeinschaftsrecht gegründeten Rechte und Ansprüche an die Hand gegeben.¹⁰⁹ Kombiniert man die horizontale Drittwirkung mit den in *Franovich* zum Ausdruck gebrachten Haftungsgrundsätzen, so reduziert sich auch das Prozeßkostenrisiko für den einzelnen, denn insoweit läge wohl meist ein von dem säumigen Mitgliedstaat zu verantwortender Schaden vor.

Die Angst vor einer Prozeßlawine und der endgültigen Überlastung des EuGH scheint mir dabei unbegründet. Die wirksame Sanktionierung der zögerlichen und falschen Umsetzung von Richtlinien wird die Mitgliedstaaten zu mehr Sorgfalt und Pünktlichkeit veranlassen. Zudem wird eine insgesamt klarere und einfachere Regelung dazu führen, daß mehr und mehr gemeinschaftsrechtliche Fragen schon von den nationalen Richtern korrekt gelöst werden können.

107) Dort Rn. 32 der Entscheidungsgründe.

108) Z.B. wenn per Richtlinie strengere Umweltauflagen für bestimmte Produktionsverfahren oder strengere Produkthaftungsstandards eingeführt werden sollen. Diesen Vorwurf der Böswilligkeit erhebe ich insbesondere dann, wenn sich ein "ertapper" Mitgliedstaat im nach Artikel 169 vorgeschriebenen Vorverfahren uneinsichtig zeigt und es auf eine Klage und Verurteilung ankommen läßt, obwohl der Sachverhalt völlig eindeutig war. In solchen Fällen wird offensichtlich auf Zeit gespielt, wohl wissend, daß das Verfahren vor dem EuGH nochmals ca. 20 Monate dauern

wird. In Extremfällen kann auf diese Weise die Befolgung gemeinschaftsrechtlicher Verpflichtungen um fünf und mehr Jahre verzögert werden. Ein klassisches Beispiel, die sogenannte Kartoffelkrise, beschreibt *Schermers, The Suit for Damages as Means of Pressure on the Member State of the European Community*, Fs. Doebring, 1989, 883.

109) Die Kommission, die nach Artikeln 155, 169 mit der Durchsetzung der gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtungen betraut ist, kann in der Praxis nicht alle Verstöße erkennen und ahnden, insbesondere wenn Richtlinien zwar formell umgesetzt, dann aber durch bürokratische und sonstige Hindernisse faktisch ausgehebelt werden.

Anand S. Pathak *

The Thomson/Pilkington Decision under the Merger Regulation

The Commission is on the Right Track

On September 20, 1991, the Commission of the European Communities (the "Commission") received a notification under the Merger Regulation¹ of a proposed transaction involving the acquisition by Thomson-CSF S.A. ("Thomson") of 49.99% of the shares of Pilkington Optronics ("PO"), a subsidiary of Pilkington plc ("Pilkington") engaged in the field of optronics. After examining the notification, the Commission concluded in a decision pursuant to Article 6 (1) (b) of the Merger Regulation that the notified operation was a concentrative joint venture within the scope of the Regulation, which did not raise serious doubts as to its compatibility with the Common Market.²

I. Introduction

The purpose of this comment is to examine the reasons for the Commission's characterization of the *Thomson/Pilkington* operation as a concentrative joint venture and its reasons for declaring it compatible with the Common Market. Before proceeding

to an analysis of the Commission's *Thomson/Pilkington* decision, however, this comment will briefly discuss the Commission's perception of a concentrative joint venture as expressed in the Commission's Notice on Concentrative and Cooperative Operations (the "Notice"),³ and its concentrative joint venture

* Associate Jones, Day, Reavis & Pogue, Brussels, Belgium

1) Council Regulation (EEC) No. 4064/89, effective September 21, 1990, OJ 1989 L 395/1, reprinted OJ 1990 L 257/13.

2) See *Thomson/Pilkington*, Case No. IV/M 086, Commission decision of October 23, 1991.

3) OJ 1990 C 203/10.